CÓDIGO CIVIL

TOMO XII

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

CÓDIGO CIVIL

COMENTADO Y CONCORDADO EXTENSAMENTE

CON ARREGLO Á LA NUEVA EDICIÓN OFICIAL

POR

Q. MUCIUS SCÆVOLA

ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID

TOMO XII

De las sucesiones en general.

DE LOS TESTAMENTOS

De los testamentos comunes.
De los testamentos especiales.
Revocación é ineficacia de los testamentos.

MADRID

IMPRENTA DE RICARDO ROJAS

Campomanes, 8.—Teléfono 3.071.

1896



CÓDIGO CIVIL

Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (tít. III del lib. III del Código) y los proyectos de 1851-1882 y Códigos extranjeros.

PROYECTO DE 1851

DE LAS SUCESIONES

Libro III.—Titulo I.—Articulos 549 al 588, 600 al 605 y 717 al 725.

Título I: De las herencias.—Capítulo I: Disposiciones generales (artículos 549 al 554).—Capítulo II. Sección 1.ª De las herencias por testamento (artículos 555 al 563).—Sección 2.ª De las solemnidades del testamento común (artículos 564 al 571).—Sección 3.ª De las solemnidades de los testamentos especiales (artículos 572 al 588). Seccion 4.ª Quiénes pueden ser testigos en los testamentos (artículos 589 al 591).—Capítulo IV: De la capacidad para adquirir y disponer por testamento (artículos 600 al 605).—Capítulo X: De la revocación é ineficacia de los testamentos (artículos 717 al 725).

Consideraciones generales.—El proyecto de 1851, calcado en el Código napoleónico, tenía necesariamente que reflejar la estructura de este último. No es, pues, de extrañar que materia tan interesante como la concerniente á la forma de testamentos, aparezca tratada con una parquedad exce-

El testamento ológrafo sólo ocupa un artículo; y en tesis eral, puede asegurarse que, si no en el fondo, porque la

teoría de la sucesión es universal, en la forma expositiva dista bastante el proyecto que vamos á estudiar comparativamente, del Código que actualmente regula las relaciones de la vida civil.

De las herencias.—Según el proyecto, la herencia se abre por la muerte natural de la persona á quien se hereda (artículo 550).

El Código vigente, más sobrio y más exacto, se limita á decir que los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.

Dispone asimismo el antedicho proyecto que la herencia se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento; y á falta de éste, por disposición de la ley. Puede también deferirse la herencia de una misma persona, en una parte, por la voluntad del hombre, y en otra, por la disposición de la ley (art. 553).

Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte, no sólo en la propiedad, sino también en la posesión (555).

Concuerda exactamente en todo, como fácilmente se ve por lo dicho, con los artículos 658 y 661 del Código vigente.

Pero existen en el proyecto dos artículos cuyo contenido no ha sido trasladado á la vigente ley civil. Cuando algunas personas—dice—perecen en un incendio, ruina, naufragio ú otra desgracia común, y por las circunstancias particulares del suceso no aparezca cuál de ellas murió la primera, se decidirá esta cuestión por las reglas siguientes: Entre las personas que no han cumplido diez y ocho años se presume haber sobrevivido la de mayor edad. De los diez y ocho en adelante, la presuncion está por la más joven; sin embargo, concurriendo hembra y varón, se presume, en este sólo caso, á favor del varón si la hembra no es más joven que él en dos años.

Entre dos personas, la una mayor de sesenta y cinco años y la otra menor de doce, se presume que ésta murió la

primera; y al contrario, si tenía más de doce, aunque no hubiese cumplido los diez y ocho (artículos 551 y 552).

De las herencias por testamento.—Corresponde esta sección del proyecto de 1851 á la *sección 2.ª, tít. III, lib. III* del actual Código civil, definiendo el testamento en su art. 555 como un acto solemne y esencialmente revocable por el que dispone el hombre de todo ó parte de sus bienes para después de su muerte en favor de una ó más personas; definición que, comparada con la que en su art. 667 da el citado Código civil vigente, es bastante más amplia, desciende más á los detalles, pudiéndola calificar de minuciosa.

Dice á continuación el proyecto que comparamos que el testador puede disponer á título universal ó de herencia y á título particular ó de legado (art. 556).

Sin embargo, aun cuando el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición, como hecha á título universal ó de herencia.

No pueden dos ó más personas (art. 557) testar en un mismo acto, sea recíprocamente en provecho suyo ó de un tercero.

El testamento es un acto personalísimo: su formación no puede dejarse en todo ó en parte al arbitrio de un tercero.

Tampoco puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia de la institución de heredero ó de la manda, ni la designación de su cantidad, pero sí el repartimiento, cuando la disposición comprende á toda una clase de personas, como parientes, pobres y criados (art. 558).

El contenido de estos artículos es análogo á los 668, 669 y 670 del moderno Código civil, con la sola diferencia de que este último, en el art. 670 que corresponde al 558 del pro- ...to, y en la parte que dice: *El testamento es un acto per- ...alísimo: su formación no puede dejarse en todo ni en ...te al arbitrio de un tercero*, añade: *ni hacerse por medio ...omisario ó mandatario.*

Según el proyecto, toda disposición testamentaria que tenga por objeto captar algún lucro en testamento futuro de otro, es nula.

También es nula aquella en que bajo cualquier nombre ó concepto se deja á uno el todo ó parte de los bienes, para que los aplique ó invierta con arreglo á instrucciones reservadas que le hubiere comunicado el testador (art. 559).

Lo disposición hecha simple y generalmente en beneficio de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado; pero habrá lugar al derecho de representación en todos sus efectos (art. 562).

Así el proyecto como el Código reconocen y declaran que toda institución de heredero ó mandas que haga el testador refiriéndose á cédulas ó papeles privados que después de su muerte aparezcan entre los suyos ó en poder de otro, será nula si en las cédulas ó papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.

De la forma de los testamentos.—El proyecto y el Código, siguiendo la división clásica de los testamentos por razón de su forma, aceptan que el testamento es común ó especial.

El testamento común se subdivide en ológrafo, abierto y cerrado.

De las solemnidades del testamento común.

a) *Testamento ológrafo.*—Después de consignar el proyecto de 1851, en su art. 564, que el testamento ológrafo, para ser válido, deberá extenderse en papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento, estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del lugar, año, mes y día en que se otorgue, pasa á tratar del testamento abierto, no mencionando para nada lo comprendido en la sección tercera y cuarta, tít. III, lib. III del Código civil, y aplicando, por lo tanto, al testamento ológrafo todas las disposiciones referentes al abierto, acerca del cual dice:

b) *Testamento abierto.*—El testamento abierto debe ser otorgado ante escribano público y tres testigos domiciliados

en el lugar del otorgamiento, y de los cuales uno, á lo menos, sepa escribir.

El testamento ha de ser dictado por el testador á presencia de los testigos y escrito por el escribano, quien lo leerá después al testador en presencia de los mismos testigos, y hará mención expresa de todo esto.

Los testigos deben ver al testador y entender lo que dispone (art. 565).

El testador deberá firmar el testamento; y si declara que no sabe ó no puede, lo hará por él uno de los testigos y el escribano dará fé de todo esto en el mismo instrumento (artículo 567).

Con lo expuesto y con disponer que en caso de no saber ó no poder (art. 568) firmar el testamento los testigos, dará fe el escribano, pero firmando en todo caso uno de ellos, da el proyecto por terminado todo lo referente al testamento abierto, pasando desde luego al cerrado.

c) *Testamento cerrado.*—Dispone acerca de este último que debe estar firmado (art. 569) por el testador, bien lo haya escrito él mismo, ú otro, de su orden; si no lo firmó por no saber ó no poder, lo declarará en el acto de la entrega, dando fe de ello el escribano, con expresión de la causa.

El papel en que esté escrito el testamento, ó el que le sirva de cubierta, estará cerrado y sellado, ó lo hará cerrar y sellar el testador en el acto de presentarlo, y lo entregará al escribano en presencia de cinco testigos, domiciliados en el lugar del otorgamiento, de los que tres al menos puedan firmar.

El testador, al hacer la entrega, declarará, en presencia de los mismos, que el contenido de aquel papel es su testamento.

El escribano dará fe de la presentación y entrega, con expresión de las formalidades requeridas anteriormente, extendiéndolo encima del testamento ó de su cubierta y la firmarán el testador y todos los testigos que puedan hacerlo;

pero nunca serán menos de tres los testigos que firmarán por sí.

Por el testigo ó testigos que no sepan ó que no puedan firmar, lo hará uno de los tres cuyas firmas son necesarias.

Lo mismo se practicará cuando el testador que firmó el testamento no pueda hacerlo en el acto de su entrega por algún impedimento que haya sobrevenido.

El que no pueda hablar, pero sí escribir, podrá otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

El testamento ha de estar enteramente escrito (art. 570) y firmado de su mano, con la fecha del lugar, año, mes y día.

Al hacerse su presentación y entrega, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, presentes el escribano y testigos, que aquel papel es su testamento.

A continuación de lo escrito por el testador dará el escribano fe, haciendo mención especial de que se ha cumplido lo prescrito anteriormente.

En lo demás se observará lo dispuesto al hablar del testamento cerrado en general.

No habla más el proyecto del testamento cerrado, observándose aquí como en toda esta materia una parquedad imcompatible con las claridades que deben resplandecer en todo lo concerniente á la forma de los testamentos.

Añade el mencionado proyecto que el escribano que haya autorizado un testamento abierto (art. 571), ó la entrega de un testamento cerrado, deberá ponerlo en noticia de las personas intestadas, con toda la posible brevedad, desde que sepa la muerte del testador.

De las solemnidades de los testamentos especiales.

a) Testamento otorgado en inminente peligro de muerte ó en ciudad epidemiada.—Pasa después el proyecto á tratar de los testamentos especiales y determina sus solemnidades. Considera en la categoría de testamentos especiales los otorgados en peligro inminente de muerte ó en pobla-

ción incomunicada á causa de la peste ú otra enfermedad contagiosa, además del testamento militar, marítimo y hecho en país extranjero, los cuales, por su propia naturaleza, constituyen el segundo término de la división clásica á que antes hemos aludido.

El que se encontrare en inminente peligro de muerte ó aislado en una ciudad epidemiada podrá otorgar testamento (artículo 572) ante tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento ó ante dos con escribano; pero en ambos casos quedará ineficaz el testamento desde que el testador hubiere salido de la enfermedad ó peligro.

El testamento otorgado con arreglo á las anteriores disposiciones quedará ineficaz pasados dos meses desde que el testador hubiere salido del peligro de muerte, ó se hubiere abierto la comunicación ó pasado á otro pueblo no incomunicado (art. 573).

b) Testamento militar.—Después de exponer lo dicho, que se relaciona con los artículos 699, 700, 701 y 703 del Código actual, pasa el proyecto á ocuparse, y siempre dentro de la misma sección, del testamento militar, acerca del cual dispone que en tiempo de guerra, los militares en campaña y demás individuos empleados en el ejército, los voluntarios, rehenes y prisioneros podrán otorgar su testamento ante un oficial que tenga por lo menos el grado de capitán, ante el auditor destinado á seguir al ejército, ó ante un comisario de guerra.

Si el testador estuviere enfermo ó herido, podrá otorgarlo ante el capellán ó cirujano que le asista.

Si estuviere en destacamento, ante el oficial que lo mande, aunque no sea subalterno.

En todos estos casos (art. 574) será siempre necesaria la esencia de dos testigos.

Los testamentos otorgados con arreglo á lo dispuesto anriormente deberán ser remitidos con la posible brevedad cuartel general, y por éste al Ministerio de la Guerra (ar-

tículo 575); el cual practicará lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del art. 582.

Los testamentos mencionados caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña (artículo 576).

Durante una batalla, asalto, combate y, generalmente, en todo peligro próximo de acción ó de naufragio, podrá otorgarse el testamento militar de palabra ante dos testigos. Pero el testamento quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó (art. 577).

No dice más el proyecto del testamento militar, pasando inmediatamente y sin separación alguna á tratar del marítimo, que podrá ser otorgado en la forma siguiente:

c) Testamento marítimo.—Si el buque es de guerra, ante el contador ó el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos; el capitán del buque, ó el que haga sus veces, pondrán además el visto bueno (art. 578).

En los buques mercantes será autorizado por el capitán ó el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos.

En uno y otro caso los testigos serán tomados con preferencia de entre los pasajeros, caso de haberlos.

La disposición del dicho artículo es aplicable, no sólo á la tripulación, sino también á los pasajeros; pero cesa para todos cuando el buque se halla en un puerto español ó extranjero.

Los testamentos (art. 579) del contador y capitán del buque de guerra, ó mercante, serán autorizados por el que les sustituya, observándose para lo demás lo dispuesto en el art. 578.

Los testamentos serán custodiados (art. 580) entre los papeles más importantes del buque, y se hará mención de ellos en el diario.

Cuando el buque, sea mercante ó de guerra (art. 581), arribe á puerto extranjero antes que á otro del reino, el capitán entregará una copia del testamento, cerrada y sellada, al agente diplomático ó consular que allí resida.

La copia ha de llevar las mismas firmas que el original, si viven y están á bordo los que lo firmaron, é irá acompañada de la nota tomada en el diario.

El agente diplomático ó consular hará extender por escrito diligencias de la entrega, y lo transmitirá todo al Ministerio de Marina, quien lo mandará depositar en el archivo de su Ministerio.

El capitán que haga la entrega recogerá del agente diplomático ó consular certificación de haberlo verificado, y tomará nota de ello en el diario.

Cuando el buque mercante ó de guerra arribe al primer puerto del reino, el capitán entregará el testamento, cerrado y sellado, á la autoridad marítima local y se ejecutará todo lo demás que se dispone en el art. 581.

El Ministro de Marina remitirá el testamento y demás diligencias á la autoridad judicial del último domicilio del difunto, y ésta las hará incorporar en los protocolos del escribano más antiguo del domicilio, si hubiere más de uno.

No conociéndose al testador ningún domicilio, la incorporación se hará en los protocolos del escribano numerario más antiguo del primer Juzgado de Madrid.

El testamento otorgado en alta mar durante el viaje caducará pasados tres meses desde que el testador ha tomado tierra en un lugar donde puede testar según la forma ordinaria (art. 583).

Como fácilmente puede verse al establecer la comparación entre el proyecto de 1851 y el Código actual, resulta aquél menos prolijo que este último, circunstancia que notaremos en todo lo que á la materia que este tomo comprende se refiere.

d) Testamento otorgado en país extranjero.—Á continuación del testamento marítimo y sin separación de ninguna clase, expone el proyecto mencionado las solemnidades del testamento otorgado en país extranjero, mencionando de nuevo y por segunda vez el testamento ológrafo, al decir

que el español podrá otorgar dicho testamento en el extranjero, sin el requisito del papel sellado.

Añade á continuación en su art. 586 que podrá también el español que se encuentre en un país extranjero otorgar un testamento, abierto ó cerrado, ante el Agente diplomático ó consular de S. M. residente en el lugar del otorgamiento, y, en este caso, se observará todo lo dispuesto en los artículos 565 al 570 inclusive, menos en cuanto á la calidad de domicilio en los testigos.

El Agente diplomático ó consular remitirá copia del testamento, si es abierto, ó de la diligencia del acto (art. 587) de su prestación, cuando sea cerrado, á la primera Secretaría de Estado para ser depositado en el Archivo.

Cumplirá, además, el mismo Agente cuanto sobre testamentos le incumba hacer por los reglamentos que le conciernen.

La inobservancia ó falta de cualquiera de las solemnidades prescritas en ésta y en la anterior sección anula el testamento.

Quiénes pueden ser testigos en los testamentos.—Bajo este epígrafe comprende el proyecto que examinamos parte de lo que el Código actual estudia en la sección tercera del título y libro expuestos anteriormente, y que se refiere á la forma de los testamentos.

Y decimos que parte, porque el Código expone en dicha sección principalmente las clases de testamento que existen y condiciones esenciales de los mismos, mientras que el proyecto únicamente menciona las condiciones que es menester reunir para poder ser testigo en los testamentos.

Según el proyecto, en todos los testamentos, de cualquiera clase que sean, los testigos deben ser mayores de catorce años, súbditos del rey, y que no hayan sido inhabilitados por sentencia ejecutoriada para serlo en juicio ó en instrumento público.

No podrán ser testigos los amanuenses del Escribano que

lo autorice; los ciegos, y los que no entiendan el idioma del testador; los totalmente sordos ó mudos; los que no estén en su sano juicio; pero los locos ó dementes podrán serlo en sus intervalos lúcidos, y los que no tengan la calidad de domiciliados, cuando la ley la requiere expresamente.

Para calificar la edad en los testigos, se ha de atender al tiempo en que fué hecho el testamento.

Las diferencias entre el proyecto y el Código son en este punto insignificantes, siendo una de ellas la concerniente á la edad de los testigos, porque mientras el proyecto marca catorce años, el Código determina la mayoría de edad, si bien con la excepción de que en caso de epidemia puedan serlo los mayores de diez y seis años.

Otra diferencia se nota por lo que atañe á la capacidad de testificar de los locos ó dementes, pues si bien el Código no hace excepción alguna, el proyecto dice que aquéllos pueden ser testigos en los intervalos lúcidos.

De la revocación é ineficacia de los testamentos.—Los artículos 717, 718, 719 y 720 del proyecto son iguales á los 737, 738 y 739 del Código, pero desde este último artículo existen variantes que saltan á la vista.

Dicen así los artículos 721 al 725 inclusive del proyecto:

Toda disposición testamentaria á título universal ó particular, fundada en una causa falsa, quedará sin efecto si el interesado no probase que el testador tuvo, para hacer la disposición, otra causa tan atendible como la expresada.

La cláusula por la que el testador prohibe impugnar su testamento, no se extiende á las demandas de nulidad por falta de solemnidades, ni á las de interpretación de voluntad.

Toda disposición testamentaria será ineficaz respecto del heredero ó legatario que muera antes que el testador, ó antes que se cumpla la condición de que dependía la institución alegada.

Además de quedar sin objeto el legado en los casos ex-

presados en el cap. VIII de este título, lo queda también cuando la cosa perece totalmente en vida del testador, ó después si el legado es de cosa específica.

Entiéndese haber perecido la cosa legada, no sólo cuando ha desaparecido ó quedado fuera del comercio humano, sino cuando el testador hizo de ella una nueva especie, de modo que no pueda reducirse á su anterior estado.

Finalmente, quedan ineficaces las disposiciones testamentarias por incapacidad ó indignidad en los casos expresados en el cap. IV del tít. I.

PROYECTO DE 1882

DE LAS SUCESIONES

Libro III.—Título III.—Artículos 656 al 735, 915 al 921

Título III: De las sucesiones.—Disposiciones generales (artículos 656 al 661).—Cap. I: De la sucesión testamentaria.—Sección 1.ª De los testamentos en general (artículos 662 al 671).—Sección 2.ª De la forma de los testamentos (artículos 672 al 683).—§ 2.° Del testamento ológrafo (artículos 684 al 690).—§ 3.° Del testamento abierto (artículos 691 al 703).—§ 4.° Del testamento cerrado (artículos 704 al 714).—§ 5.° Del testamento militar (artículos 715 al 719).—§ 6.° Del testamento marítimo (artículos 720 al 730).—§ 7.° Del testamento hecho en país extranjero (artículos 731 al 735).—Sección 3.ª De la capacidad para disponer por testamento (artículos 73S al 740) —De la revocación é ineficacia de los testamentos (artículos 915 al 921).

Con repetición hemos dicho que el proyecto de 1882 y el Código actual difieren en sus líneas generales tan escasamente, que el trabajo de comparación se imposibilita y no reporta enseñanzas aprovechables.

Obtenido el convencimiento de la identidad, huelga, por innecesario, el parangón.

Esto sucede también con respecto al citado proyecto en la parte que se refiere á los testamentos en general y á sus diversas formas.

La doctrina es idéntica; los artículos hállanse redactados casi con las mismas palabras, y solamente se percibe alguna alteración en las secciones en que aparecen divididos los capítulos y en la ordenación de algunas materias.

Así, v. gr.: El Código trata de la *capacidad para disponer por testamento,* á la cabeza del cap. I, *De los testamentos;* el proyecto de 1882 la coloca antes de la *institución de heredero,* é inmediatamente después de los testamentos llamados *especiales.*

A pesar de la casi identidad que se observa entre el aludido proyecto y el Código, conviene apuntar una diferencia digna de ser notada.

Consiste ésta en que el Código ha suprimido la doctrina contenida en el art. 660 del proyecto, á cuyo tenor, en el caso de que varias personas respectivamente llamadas á una sucesión perecieran en un mismo desastre, sin que se pudiese probar cuál había muerto la primera, no se verificará entre ellas derecho de transmisión. Otra modificación, digna de ser apuntada, es la de haber rebajado á los catorce años la edad en la que se supone capacidad para testar. El proyecto señalaba la de diez y seis años.

ALEMANIA

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

Para la exposición de los preceptos del proyecto germánico, adoptaremos el procedimiento seguido en los tomos anteriores, es á saber:

Ciñéndonos á un plan que mantenga analogía con el Có-go patrio, transcribiremos los textos principales. De esta rte, sin entrar por nuestra parte en referencias y concorcias, los mismos lectores podrán hacer la comparación. La razón que nos mueve á exponer y no á comparar, es

sabida. El proyecto de Código alemán discútese actualmente en el Parlamento; puede sufrir alteraciones, y nos ha parecido desde el primer momento más razonable someterlo aisladamente al juicio y crítica de los estudiosos.

*
* *

1.° *De las sucesiones. Preceptos de carácter general (Libro V, Sección 1.ª).*—A cuatro principios fundamentalísimos se reducen los contenidos en esta primera sección del libro V del proyecto alemán, á la manera de pilares mantenedores de todo el edificio jurídico de las sucesiones.

Helos aquí:

* A la muerte de una persona, su patrimonio, considerado como universalidad, se transmite á una ó varias.

El testador no puede impedir la transmisión de su patrimonio como universalidad (art. 1.749).

* La herencia se transmite á los herederos por fracciones ó partes hereditarias.

Salvo prescripción legal en contrario, las disposiciones concernientes á la herencia considerada como un todo, rigen para cada una de sus partes (art. 1.750).

* El testador puede designar su heredero en acto de última voluntad.

Cuando no haya institución de heredero ó ésta sea nula, tendrá lugar la sucesión legítima (art. 1.751).

* El que no sobrevive al testador no puede ser heredero (artículo 1.752).

En estos cuatro lacónicos artículos se condensan los cánones fundamentales de la sucesión testada y de la intestada, es á saber: transmisión del patrimonio como universalidad, institución de heredero, sucesión legítima, determinación jurídica de la personalidad de heredero.

2.° *Disposiciones de última voluntad (Sección 2.ª, tít. I).*

a) *De los testamentos.*—* El testador puede, salvo pres-

cripción legal en contrario, disponer de sus bienes por una disposición unilateral por causa de muerte (testamento) (artículo 1.753).

* Es nulo el pacto referente á otorgar ó no otorgar una disposición de última voluntad (art. 1.754).

* También puede el testador, por disposición de última voluntad, conceder una liberalidad á una persona por distinto concepto que el de heredero (legado).

El heredero, lo mismo que el legatario, pueden ser gravados con legados (art. 1.756).

* El testador no podrá encomendar á un tercero la fijación de la persona que ha de recibir la liberalidad y el objeto de la misma (artículos 1.770 y 1.777).

* Varias personas no pueden otorgar conjuntamente disposiciones de última voluntad (art. 1.913).

* La disposición del testador ordenando que no se haga público su testamento después de su muerte es nula (artículo 1.938).

b) De la interpretación de los testamentos y de su nulidad.—* Cuando el contenido de las disposiciones de última voluntad admita diversas interpretaciones, debe preferirse en caso de duda aquella que afirme la validez del testamento (artículo 1.778).

* La disposición otorgada en contra de la ley por amenaza ó dolo es nula (art. 1.780).

* Una disposición de última voluntad puede ser anulada cuando el testador se ha determinado á otorgarla por un error relativo al pasado ó al presente ó en la expectativa de que se realice ó no un hecho futuro ó un efecto jurídico, si esta expectativa no llega á realizarse.

Sin embargo, no es anulable, á no ser que el error resulte de la disposición misma (art. 1.781).

* Cuando en una disposición de última voluntad no haya congruencia ó armonía entre la voluntad del difunto y su expresión, será nula (art. 1.779).

3.° *De la capacidad para testar.*—* La persona con capacidad jurídica restringida, no puede, antes de los diez y seis años, otorgar una disposición de última voluntad, aun con la autorización de su representante legal.

Una persona con capacidad jurídica restringida, pero con diez y seis años cumplidos, puede otorgar una disposición de última voluntad, aun sin la autorización de su representante legal (art. 1.912).

Hemos transcrito literalmente el artículo precedente, para que nuestros lectores aprecien la construcción germánica y la lógica absoluta que preside en sus declaraciones.

4.° *De la forma de los testamentos (Lib. V, Sección 2.ª, título VII).*—* La disposición de última voluntad sólo puede generarla una declaración personal del testador (art. 1.911).

* Una disposición de última voluntad, salvo prescripción en contrario, sólo puede otorgarse en forma judicial ó notarial (forma testamentaria común) (art. 1.914).

* El otorgamiento de una disposición de última voluntad en forma judicial se hace ante el Juez, asistido de escribano y dos testigos.

Cuando las disposiciones de última voluntad se otorguen en forma notarial, el otorgamiento se verificará ante dos notarios y dos testigos.

Las personas mencionadas en los dos párrafos precedentes deberán estar presentes durante todo el acto del otorgamiento (art. 1.915).

* No pueden intervenir en el otorgamiento de un acto de última voluntad en calidad de Juez, Escribano, Notario ó testigo instrumental oficial:

1.° El cónyuge del testador, aunque el matrimonio se haya disuelto.

2.° El pariente ó afín del testador en línea recta y en segundo grado de la colateral.

Tampoco podrán intervenir en el testamento el favorecido por la disposición de última voluntad, ó el albacea testamen-

tario y las personas ligadas con estos últimos por los vínculos que en el párrafo anterior se expresan.

Si la intervención hubiere tenido lugar á pesar de la prohibición, sólo será nulo el testamento en las disposiciones que recaigan en provecho del excluído ó el nombramiento de ejecutor testamentario (art. 1.916).

* No pueden intervenir en las disposiciones de última voluntad en calidad de Escribano, Notario coadyuvante ó testigo instrumental oficial aquellos que se encuentren con relación al Juez ó Notario autorizante en alguno de los casos indicados en los números 1.° y 2.° del art. 1.916 (artículo 1.917).

* El otorgamiento del testamento oral se hará de la manera siguiente:

El testador declarará ante las personas que asistan al acto sus disposiciones ó remitirá al Juez ó al Notario un escrito comprensivo de su voluntad para después de la muerte, declarándolo así verbalmente. Este escrito podrá ser redactado por otra persona distinta del testador, y podrá presentarse abierto ó cerrado (art. 1.918).

* Todo testamento deberá ser redactado en alemán y contener:

1.° El lugar y fecha del otorgamiento.

2.° El nombre de cada una de las personas que concurran.

3.° Indicación del carácter con que comparecen.

4.° Nombre del testador.

5.° Expresión de la voluntad del testador ó de la remisión de escrito de este último cuando el testamento se otorgue en dicha forma.

El testamento será leído, aprobado y firmado por el testador, haciéndose constar en el instrumento que lo leyó, aprobó y firmó.

El testamento le será leído al testador, si así lo pidiere, y entregado en propia mano para su examen.

El testamento deberá ser firmado por todas las personas que hubieren intervenido en él (art. 1.919).

* Cuando el testador declare que no puede firmar, su firma será reemplazada por la manifiestación en el testamento de este hecho (art. 1.920).

* Cuando el testador, á juicio del Juez ó del Notario autorizante, sea mudo ó por cualquiera circunstancia no pueda hablar, sólo podrá otorgar su última voluntad por escrito. El testador firmará en presencia de las personas que deban intervenir en el otorgamiento una declaración expresiva de que el escrito presentado contiene su última voluntad (artículo 1.921).

* Cuando el testador no posea la lengua alemana, se llamará un intérprete, á quien previamente se le tomará juramento, siéndole aplicable las prescripciones relativas á los testigos.

El intérprete dará lectura del testamento traducido por él en el idioma del testador, cuya traducción se unirá al testamento, haciendo de ella expresa mención.

El testamento contendrá además la manifestación del testador de que no sabe el idioma alemán, el nombre del intérprete y expresión de que ha hecho y leído la traducción.

El testamento deberá ser firmado por el intérprete, juntamente con todas las personas que concurran al acto.

Cuando todos los concurrentes conozcan el idioma del testador no será necesario el intérprete. El testamento deberá en este caso otorgarse en alemán y en el idioma del testador y contener la declaración de éste de no hablar el alemán y la manifestación de todos los concurrentes de conocer el idioma del testador (art. 1.923).

* El testamento hecho en forma ordinaria será sellado con el sello oficial por el Juez, Notario ó Alcalde en presencia de todos los que hubiesen intervenido en el otorgamiento.

El testamento cerrado se depositará inmediatamente en

poder de un depositario público conforme á las leyes de cada Estado (art. 1.932).

5.° *De la forma de determinados testamentos.*

a) *Del testamento hecho en inminente peligro de muerte.*

* Cuando el testador se encuentre en inminente peligro de muerte, podrá otorgar su testamento ante el Alcalde y dos testigos.

Son aplicables en este caso las restricciones relativas al Juez ó al Notario otorgante.

El testamento hará constar la urgencia del caso, no admitiéndose la prueba de la inexistencia de esta urgencia (artículo 1.925).

* El testamento otorgado en inminente peligro de muerte caduca transcurridos tres meses después de su otorgamiento si vive el otorgante.

Este plazo permanece en suspenso en tanto que el testador no pueda otorgar una disposición de última voluntad en forma ordinaria (art. 1.926).

b) *Del testamento hecho en lugar aislado por epidemia.*—* El que se encuentre en una localidad, calle ó casa que por consecuencia de una epidemia ó de otras circunstancias extraordinarias se halle aislado de manera que sea imposible ó muy difícil el otorgamiento de testamento en la forma ordinaria, podrá otorgarlo:

1.° En la forma indicada para el testamento en inminente peligro de muerte.

2.° Por una declaración escrita ó firmada por el testador, con expresión del lugar y de la fecha, y

3.° Por una declaración verbal ante tres testigos.

En este último caso los testigos deberán levantar un acta haciendo constar las declaraciones de última voluntad (artículo 1.927).

c) *Del testamento marítimo.*—* El que durante un viaje á bordo de un buque alemán no perteneciente á la marina imperial, encontrándose fuera de un puerto, quisiera testar

podrá hacerlo ajustándose á lo prescrito para caso de epidemia.

A este testamento se le aplica lo dispuesto con relación al otorgado en inminente peligro de muerte.

Si antes del plazo de caducidad el testador emprende un nuevo viaje, queda aquél interrumpido de suerte que al finalizar el nuevo viaje comienza á correr por entero (artículos 1.929 y 1.930).

d) Del testamento hecho en país extranjero.—* Los Embajadores, Cónsules ó personas pertenecientes á la Embajada ó Consulado, pueden en el extranjero otorgar testamento por declaración escrita firmada de su propia mano, con expresión del lugar y la fecha.

El escrito debe dirigirse abierto ó cerrado al Canciller del Imperio con una petición firmada por el testador y con expresión del lugar y del día.

El testamento se perfecciona á partir del momento de la remisión. El testamento se considera caducado pasado un año desde el día en que el testador vuelva á Alemania (artículo 1.931).

6.° *De los testigos.*—* No pueden ser testigos en los testamentos:

1.° El menor de diez y seis años.

2.° El privado de los derechos civiles durante el tiempo que dure la interdicción.

3.° El que esté al servicio del Juez ó del Notario en concepto de criado ó de *clerc.*

No deben ser llamados en calidad de testigos:

1.° El menor.

2.° El incapaz de prestar juramento como testigo en virtud de disposiciones del Código penal (art. 1.917).

Comprenden asimismo á los testigos instrumentales de los testamentos las restricciones impuestas por los artículos 1.916 y 1.917.

7.° *De la revocación de los testamentos.*—*La disposición

de última voluntad puede ser revocada por el testador en cualquier momento (art. 1.753).

* Es nulo el pacto que verse sobre la revocación ó no revocación de un testamento (art. 1.754).

* A la revocación de un testamento por declaración del testador le son aplicables los preceptos referentes á las disposiciones de última voluntad. Un testamento revocado no se considera revalidado ó restablecido por el solo hecho de revocar la revocación (art. 1.933).

* La revocación de un testamento tiene lugar cuando el testador, con deseo ó intención de revocarlo, le destruye ó introduce en él alteraciones que manifiestamente revelen la voluntad de revocar.

Se presume que el testador que destruye su testamento ó lo modifica en la forma antedicha lo hace voluntariamente (art. 1.934).

* El testamento que se encuentra en un depósito público debe serle restituído al testador si lo reclamare.

La devolución sólo puede hacerse al testador en persona.

Por el hecho de recoger el testador su testamento se considera revocado (art. 1.935).

* El testamento se revoca por el otorgamiento de otro de la misma naturaleza, pero sólo en aquellos extremos respecto de los cuales el segundo sea incompatible con el primero.

La disposición revocada en esta forma recobra su validez si se anula la posterior (art. 1.936).

*
* *

Las disposiciones que preceden son las que regulan en el proyecto germánico así la herencia testada como la intesta- [illegible] Pero además en dicho proyecto existe una institución [illegible]ginal que le comunica individualidad y carácter y cuya [illegible]stitución no tiene semejante en los demás cuerpos legales [illegible]ropeos. Nos referimos al testamento contractual.

Dice el art. 1.940 que una institución hereditaria puede hacerse por virtud de un contrato celebrado por el testador, en cuyo contrato, ó bien puede instituirse heredero al otro contratante ó á un tercero, ó instituirse recíprocamente los dos contratantes.

Esta institución contractual no destruye la libre disponibilidad; antes al contrario, el art. 1.951 la consagra expresamente diciendo que la institución por contrato no restringe el derecho del testador de disponer posteriormente de sus bienes por acto jurídico entre vivos.

Tampoco limita el principio de la revocabilidad, toda vez que el art. 1.958 preceptúa que cuando el testador se hubiere reservado el derecho de revocar la institución contractual, ésta tendrá que hacerse en forma solemne judicial ó notarial y deberá ser notificada al otro estipulante.

Muchos más preceptos dedica el proyecto de Código alemán á la institución mencionada, pero los aludidos son los cardinales para dar una sumaria idea, reservándonos mayores ampliaciones durante el curso de los comentarios.

BÉLGICA Y FRANCIA

DE LAS SUCESIONES

Libro III.—Títulos I y II.—Artículos 718 al 1.047.

Capítulo I: De la determinación de las sucesiones y de la adición de los herederos (artículos 718 al 724).—Título II: Capítulo I: De los testamentos (art. 895).—Capítulo II: De la capacidad de disponer ó adquirir por testamento (artículos 901 al 912).—Capítulo V: Sección 1.ª De las disposiciones testamentarias.—Reglas generales sobre la forma de los testamentos (artículos 967 al 980).—Sección 2.ª De las reglas particulares sobre las formas de determinados testamentos (artículos 981 al 1.001).—Sección 8.ª De la revocación de los testamentos y de su caducidad (artículos 1.035 al 1.047).

1.º *Consideraciones generales.*—La lectura de los enunciados precedentes patentiza las diferencias que en lo rela-

tivo á la ordenación de materias existe entre los Códigos belga y francés y el Código español.

En lo que pudiéramos llamar sustancialidad de la doctrina, las discrepancias son poco sensibles porque los principios sobre los cuales se cimenta la sucesión por causa de muerte son universales, y lo mismo el concepto del testamento que el dogma de la revocabilidad testamentaria y la clave fundamental de todo el edificio sucesorio contenida en aquel axioma romano de que el heredero sucede al didifunto en todos sus derechos y obligaciones, los encontramos inalterables en los Códigos que rigen en los países civilizados.

Como veremos más adelante, las mismas declaraciones jurídicas fundamentan el derecho francés y el español en punto á la materia de este tomo, y si se perciben algunas variantes, éstas son como á la manera de los rasgos fisonómicos en las personas, las que determinan el individuo, las que hacen que un Código no se confunda con otro Código. Esto no quiere decir que entre el derecho castellano y el belga, v. gr., no haya divergencias manifiestas en cada una de las diversas fases de la vastísima doctrina sucesoria. ¿Quién niega, v. gr., la originalidad de la mejora visigótica que aún palpita en el Código patrio, comunicándole carácter y tonalidad propios? Lo que queremos expresar es que la cimentación es idéntica; luégo, una construcción resulta gótica, otra romana, otra del renacimiento, otra impregnada de barroquismo.

La realidad de esta conclusión nos la confirmará el examen comparativo de los Códigos.

2.° *Determinación de las sucesiones.*—Principian los Códigos belga y francés afirmando que la sucesión se deter-ina por la muerte natural. Cuando el Código Napoleón se dactó regía aún la muerte civil; pero abolida por ley de 31 e Mayo de 1854, el texto del art. 718 debe quedar en la rma con que lo hemos expresado.

Observarán nuestros lectores que el art. 657 del Código español formula la misma declaración, aun cuando mucho más en concreto, toda vez que en lugar de hablar ambiguamente de la determinación de las sucesiones, dice de un modo categórico que los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.

Después de sentada la afirmación fundamental que queda expuesta, el Código francés pasa á ocuparse de la adición de los herederos, previendo el caso del fallecimiento en un mismo acto de varias personas llamadas respectivamente á sucederse. Nuestro Código, con más espíritu científico, prescinde en dicho lugar de semejantes supuestos, y ciñéndose á las líneas generales de la sucesión, determina las dos fases de esta última, son á saber: la testamentaria y la intestada; expone el concepto de la herencia como conjunto de todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por el hecho de su muerte; define y distingue al heredero y al legatario, diciendo que el primero es el que sucede á tituto universal, el segundo á título particular. Finalmente, cierra el capítulo con el art. 661, estatuyendo que los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones.

No podían olvidarse los Códigos francés y belga de consignar este principio; y aunque con menos sobriedad, exponen en el art. 724 que los herederos legítimos se consideran *ipso iure* poseedores de los bienes, derechos y acciones del difunto, y adquieren la obligación de pagar todas las cargas de la herencia.

3.° *De los testamentos.*—Los Códigos que comparamos tratan de los testamentos en general antes que de la capacidad para disponer y recibir por dicho titulo jurídico. El Código patrio procede á la inversa; mas como esta alteración, puramente expositiva, en nada modifica la doctrina, una vez hecha notar, diremos que tanto aquéllos como éste definen el testamento diciendo que es un acto por el cual el testador

dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos (artículos 895 y 667 respectivamente).

El legislador francés, después de definir el testamento, rindióse inmediatamente á la obsesión que le dominaba de prohibir las sustituciones fideicomisarias, aunque con algunas excepciones, y á estos propósitos responden los artículos 896 al 899, sin concordante en la *Sección 2.ª, cap. I, título III, lib. III* de nuestro Código, consagrada á tratar de los testamentos en toda su más amplia generalidad.

En cambio, el Código patrio, en la sección citada, no sólo define el testamento, sino que se ocupa preferentemente de aquellas restricciones que condicionan ó reducen la libertad de disponer testamentariamente y que por su carácter indeterminado y un tanto difuso no habrían de encontrar colocación adecuada en los otros capítulos y secciones destinados á desarrollar la doctrina jurídica de los testamentos en sus varias manifestaciones.

Así, por ejemplo, en la misma *Sección 2.ª* y bajo el propio encabezamiento, encontramos el art. 669, por el cual se prohíben los testamentos de mancomún (véase el art. 968 del Código napoleónico); el art. 670, también prohibitivo del testamento por Comisario; el 672, que normaliza y reduce á la categoría de verdaderos testamentos ológrafos las antiguas memorias testamentarias. Finalmente, en la aludida Sección figuan el art. 674, que declara nulo el testamento otorgado con fraude, dolo ó violencia, y el 675, verdadero canon interpretativo de los testamentos, puesto que ordena que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, á no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme á la intención del testador, según el tenor del mismo testamento.

La comparación de los Códigos inclina la balanza del ·gio en pro del de nuestro país; porque, si bien pudiera ·üirse que la *Sección 2.ª del cap. I* del título que de las su-

cesiones se ocupa, es como la muestra de un pintor, de veinticinco colores, preferible es ver agrupadas materias atraídas por su propia heterogeneidad, que no desparramadas sin tino por los varios capítulos del Código.

4.° *De la capacidad para disponer por testamento.*—Los Códigos francés y belga desarrollan en un mismo capítulo la capacidad para disponer y recibir por testamento, juntamente con la que se requiere para donar ó aceptar donaciones.

El Código patrio, en estos particulares más minucioso, clasifica y separa. La capacidad para donar trátala en el título de la donación. La capacidad para otorgar testamento constituye una sección, y la que la ley exige para recibir por herencia, es decir, por testamento y sin él, forma capítulo y sección aparte. Más razonable y más científico nos parece el plan seguido por el Código español.

Al tenor de los Códigos que comparamos, carecen de capacidad para testar los que no se encuentren en perfecto estado de razón y los menores de diez y seis años (artículos 901 y 904).

Pero además de estas incapacidades, que pudiéramos llamar absolutas, existe una relativa, es á saber: la de los mayores de diez y seis años, pero menores de edad, los cuales, según el art. 904, no podrán disponer testamentariamente sino de la mitad de la suma de bienes que la ley permite disponer al mayor. Esta incapacidad relativa no existe en nuestro derecho, toda vez que desde los catorce años en adelante los menores de uno y otro sexo pueden disponer *mortis causa* sin limitación de cantidad.

El precepto del art. 664 del Código español concerniente á la validez del testamento hecho antes de la enajenación mental, tiene su concordante en el art. 503 de los Códigos que comparamos, puesto que, según expresan, las actas anteriores á la interdicción podrán ser anuladas si existía la causa de la interdicción y era notoria en la época en que aquéllas se otorgaron.

Aunque aparentemente, y más que nada por la redacción, la concordancia apuntada parezca discordancia, el precepto es análogo.

El Código español establece además una regla para apreciar la capacidad del testador, tomando como punto de partida el momento del otorgamiento. Y llevando su previsión al más alto grado, rodea de toda clase de garantías la otorgación del testamento de un demente en un intervalo lúcido.

5.° *De la forma de los testamentos.*—Tres formas de testar admiten los Códigos francés y belga: el testamento abierto ó público, el testamento místico ó cerrado y el testamento ológrafo.

a) *Del testamento público ó abierto.* — El testamento abierto ó público consiente dos modalidades, á saber: ó se otorga ante dos Notarios y dos testigos ó ante un Notario y cuatro testigos. He aquí los artículos que sancionan dicha forma testamentaria.

* El testamento público es el otorgado ante dos Notarios y en presencia de dos testigos, ó por un Notario en presencia de cuatro testigos (art. 971).

* Si el testamento se otorga ante dos Notarios será dictado por el testador y escrito por uno de ellos tal como se dicte. Si no asistiese al acto más que un Notario debe también escribir éste lo que el testador le dicte. En uno y otro caso deberá leérselo á éste en presencia de los testigos, haciendo mención expresa de todos estos extremos en la escritura testamentaria (art. 972).

* Este testamento deberá firmarse por el testador: si dijese que no sabía ó no podía firmar, se mencionará expresamente dicha manifestación y la causa que le impida firmar (art. 973).

* El testamento deberá firmarse por dos testigos: sin embargo, en despoblado bastará que firme uno de los dos testigos, si asisten dos Notarios, y dos si no asistiere más que un Notario (art. 974).

La comparación de estos artículos con los que nuestro Código dedica á desenvolver la doctrina concerniente al testamento abierto, además de evidenciar las diferencias de forma, digámoslo así, acusa una superioridad manifiesta por parte de aquel último. Cierto es que en el Código patrio y en la Sección 5.ª que del testamento abierto trata, existen artículos como el 697, que es un verdadero padrón de ignominia, pero no cabe dudar que prevé y particulariza en materia tan transcendental, mucho más que los Códigos extranjeros que estudiamos.

b) *Del testamento místico ó cerrado.* —* Si el testador quisiere hacer un testamento místico ó secreto deberá firmar sus disposiciones, bien las escriba por sí mismo ó bien las dicte.

El sobre ó papel que contenga el testamento se cerrará y sellará. El testador lo presentará cerrado y sellado al Notario y á seis testigos por lo menos, ó le hará cerrar y sellar en su presencia, y declarará que el contenido del pliego es su testamento, escrito y firmado por él ó escrito por otro y firmado de su puño y letra. El Notario levantará acta que se escribirá en el sobre ó papel que sirva de cubierta al testamento, cuya acta será firmada por el testador, el Notario autorizante y los testigos.

Todos estos actos se practicarán sucesivamente y sin interrupción.

En el caso de que el testador por accidente sobrevenido después de firmar el testamento no pudiese firmar el acta referida, se expresará la declaración que haga, sin aumentar por esto el número de testigos.

* Si el testador no supiese firmar ó no pudiere hacerlo después de dictar su última voluntad, será llamado un nuevo testigo además de los instrumentales, el cual firmará también el acta, haciéndose constar en esta última la causa que hubiese motivado la presencia del nuevo testigo.

* Los que no sepan ó no puedan leer, no podrán testar en la forma de testamento místico ó cerrado.

* Si el testador no pudiese hablar pero sí escribir, podrá otorgar testamento cerrado ó místico.

En este caso deberá precisamente escribir, fechar y firmar de su puño y letra su disposición de última voluntad, presentándosela al Notario y á los testigos, y escribiendo antes del acta testamentaria y en presencia de aquéllos, que el pliego cerrado que presenta es su testamento.

Practicado esto, el Notario extenderá el acta, en la cual hará constar expresamente que el testador ha escrito aquella declaración en su presencia y en la de los testigos.

Además de las solemnidades que quedan expresadas, se observarán las prescritas con carácter general para la otorgación de los testamentos místicos.

Las disposiciones que anteceden son las que los Códigos que comparamos consagran al desarrollo positivo del testamento cerrado.

Una sola ojeada basta para percibir la íntima analogía que entre aquellos Cuerpos legales y el Código patrio reina en punto á las solemnidades del testamento secreto, y no podía ser de otra suerte, porque la manera de conseguir que permanezca en secreto la última disposición no hà podido ser otra ni puede serlo que la de ocultar el pliego que la contiene bajo una cubierta protectora. En dicha ocultación reside la esencia del testamento llamado místicc por el Código napoleónico.

El Código español contiene además otras disposiciones muy interesantes, tales como la de consentir que el testamento quede en poder del testador ó de persona de su confianza ó del Notario autorizante bajo recibo; la de que el testamento cerrado debe presentarse al Juez competente dentro de diez días, contados desde que el depositario del testamento sepa el fallecimiento del testador, bajo pena de perder todo derecho á la herencia, además de la responsabilidad de los daños y perjuicios que ocasionare con su negligencia; y finalmente, la referencia concreta á la ley de Enjuiciamiento

civil para todo lo concerniente á las solemnidades y diligencias que deben acompañar á la apertura del testamento cerrado.

c) Del testamento ológrafo.—A pesar de que en el Código napoleónico, y tomado de las Ordenanzas de 1735, aparece el testamento ológrafo (art. 976), desde donde se ha extendido por las legislaciones europeas, bien puede afirmarse que jamás mayor parquedad se vió en las leyes, sobre todo tratándose de una institución tan discutida y tan peligrosa cual la del testamento privado, digámoslo así, en contraposición al testamento público.

Un solo artículo dedica el Código napoleónico al testamento ológrafo, el 970, que dice como sigue:

* El testamento ológrafo no será válido si no ha sido escrito por entero—*olos* y *graphos*—fechado y firmado de manos del testador.

Dicho testamento no requiere ninguna otra forma ó solemnidad.

No es de extrañar este laconismo del Código Napoleón, porque el testamento ológrafo, según hemos dicho, no era una innovación, toda vez que en las Ordenanzas de 1735 existía y estaba aclimatado.

Los comentaristas discutieron luego qué debía entenderse por fechado y cuáles debían ser la extensión y particularizaciones de la fecha. Las sentencias del Tribunal de Casación vinieron más adelante á sentar jurisprudencia y á crear una regla de derecho. Vióse también que el mayor peligro de estos testamentos residia en la facilidad de su simulación, y ya sobre estas bases, suministradas por el estudio y la experiencia, los Códigos europeos que posteriormente se promulgaron dieron mayor extensión á la materia, consignando una serie de disposiciones encaminadas á desvanecer dudas y á prevenir peligros. Así vemos en nuestro Código establecida la precaución de usar papel sellado del año del otorgamiento; la de que si el testamento contuviese

enmiendas, tachones y entrerrenglonaduras, sean éstas salvadas por el testador bajo su firma; la de la protocolización del testamento ológrafo y su presentación al Juez á los antedichos efectos dentro del plazo de cinco años contados desde el día del fallecimiento, y por último, todas las formalidades y requisitos cuyo único objeto es el de la demostración de la identidad del testamento.

d) De los testigos instrumentales.—A tenor del art. 980 del Código Napoleón, los testigos que asistan á la otorgación de un testamento deberán ser varones, mayores de edad y ciudadanos franceses que gocen de los derechos civiles.

* No podrán asistir como testigos en un testamento hecho por instrumento público, ni los legatarios, por cualquier título que lo sean, ni sus parientes ó afines hasta el cuarto grado inclusive, ni los oficiales de los Notarios que otorguen el documento (art. 975).

Aun cuando el Código patrio emplea la forma negativa, enumerando quiénes no pueden ser testigos en los testamentos, es indudable que la analogía no puede ser más estrecha. En España, como en Francia y en Bélgica, se necesita para testificar en un testamento ser varón, mayor de edad, estar en el pleno goce de los derechos civiles y en completa sanidad de razón.

La nota distintiva que caracteriza al Código patrio radica en la circunstancia de haber de ser los testigos vecinos ó domiciliados del lugar del otorgamiento.

6.° *De los testamentos que se rigen por preceptos de excepción á los generales.*—Bajo este epígrafe comprenderemos el llamado testamento militar y los otorgados en ciudad epidemiada, á bordo de un buque, ó sea el marítimo, y en país extranjero. Todos ellos excepcionan las reglas generales de la testamentifacción, variando ó simplificando las solemnidades al compás de las circunstancias.

a) Del testamento militar.—* Los militares y los emplea-

dos del Ejército podrán otorgar testamento, sea cualquiera el país en que esto ocurra, ante el Jefe de un batallón ó escuadrón ó ante otro Oficial de grado superior, en presencia de dos testigos ó ante dos Comisarios de guerra, ó uno solo asistido de dos testigos.

* Si el testador estuviese enfermo ó herido, la otorgación podrá verificarse ante el facultativo jefe, asistido del Comandante encargado del hospital.

* Los dos preceptos que anteceden no surtirán efecto sino en favor de los que se encuentren en campaña, en cuartel ó guarnición fuera del territorio francés, ó prisionero del enemigo; sin que favorezcan á los que estén de cuartel ó guarnición en el interior, á no ser que se hallen en una plaza sitiada, ciudadela ú otro sitio cuyas puertas estén cerradas é interrumpidas las comunicaciones con motivo de la guerra.

* El testamento militar caduca á los seis meses, contados desde que el testador regrese á un sitio donde pueda emplear las formas solemnes de la testamentificación.

El Código español, á pesar de haberse redactado en tiempos de paz, y no como el francés, cuando los ejércitos del Imperio trataban de dominar el mundo, es más previsor y completo. Admite, como era consiguiente, el testamento militar en unas formas muy parecidas á las reguladas por el Código napoleónico; reduce á cuatro meses el plazo de caducidad, y previendo el caso de una batalla, asalto ó combate, reputa válido el testamento verbal ante dos testigos. Claro está que este testamento de palabra queda sin valor si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó, ó aunque no se salvase si los testigos no formalizan la declaración testamentaria del difunto ante el Auditor de guerra ó funcionario de justicia que siga al Ejército.

b) Del testamento hecho en tiempo de epidemia.— * Cuando por efecto de peste, epidemia ú otra enfermedad contagiosa se interrumpiere la comunicación de un lugar

poblado, podrán otorgarse los testamentos ante el Juez de paz ó ante uno de los oficiales del Ayuntamiento, en presencia de dos testigos.

* Esta disposición surtirá su efecto lo mismo respecto de los atacados de la enfermedad epidémica que de los que se encuentren en los lugares infestados, aunque no estuvieren enfermos.

* Serán nulos dichos testamentos pasados seis meses desde que las comunicaciones se hayan restablecido en el lugar en que el testador se encuentre, ó seis meses después que se haya trasladado á otro sitio no incomunicado.

No considera el legislador español el testamento hecho en tiempo de peste como un testamento especial, sino como una modalidad ó aspecto del testamento público. Más práctico que el Código napoleónico y más penetrado de la triste realidad de una ciudad epidemiada, no exige la presencia de ningún funcionario oficial, sino tan sólo la de tres testigos mayores de diez y seis años, varones ó hembras.

Asimilado á este testamento por cuanto no requiere la solemnidad que comunica la presencia del Notario, establece el Código patrio el testamento otorgado en inminente peligro de muerte, el cual sólo requiere la asistencia de cinco testigos idóneos.

Tanto uno como otro testamento quedan ineficaces pasados dos meses desde que cesó la epidemia ó el testador saliere del peligro inminente de muerte.

c) Del testamento marítimo.—En el mar durante un viaje se podrá otorgar testamento: A bordo de los buques del Estado ante el Oficial comandante del barco, ó en su defecto, ante el que le sustituya, asistidos uno y otro según los casos del Oficial de Administración ó del que haga sus veces: A bordo de los buques particulares, ante el escribiente del buque, asistido del Capitán, dueño ó patrón.

En todo caso deberán concurrir dos testigos á la otorgación del testamento.

Tal es la regla general, pero así el Código francés como el belga llevan su previsión al más acendrado extremo.

En los buques de guerra, el testamento del Capitán ó el del Oficial de Administración, y en los barcos de comercio el del Capitán, dueño ó patrón ó el del escribiente podrán ser otorgados ante los que les sucedan en grado, subordinándose á las prescripciones que quedan expuestas en el párrafo anterior.

Disponen los Códigos que comparamos que los originales de los testamentos marítimos se harán siempre por duplicado con el fin de que si el buque arriba á un puerto extranjero en el cual haya Cónsul francés, aquellos ante quienes se haya otorgado el testamento depositen uno de los originales cerrado, en manos del Cónsul, quien á su vez lo remitirá al Ministro de Marina y éste lo hará depositar en la secretaría del Juzgado de paz del domicilio del testador.

A este propósito responden los artículos 990 y 991.

* Al regresar el buque á Francia, sea al puerto de su matrícula ó á otro, los dos originales del testamento, cerrados y sellados, ó el original que quede, se remitirán á la oficina de la Matrícula de mar, y el encargado de ésta lo enviará inmediatamente al Ministro de Marina, quien lo hará depositar en la forma indicada.

* En el Diario de navegación, *role de batiment,* se mencionará al margen del nombre del testador la entrega que se haya hecho de los originales del testamento, ya en poder del Cónsul, ya en la Oficina de la Matrícula marítima.

* El testamento marítimo deberá ser firmado por el testador y por aquellos ante quienes se hubiese otorgado. Si el testador declara que no sabe ó no puede, se expresará esta circunstancia y la causa que la motiva. En los casos en que se exige la presencia de dos testigos, el testamento será firmado por lo menos por uno de ellos y se mencionará la causa en cuya virtud haya dejado de firmar el otro.

* El testamento marítimo no podrá contener ninguna disposición en favor de los oficiales del buque, salvo en el caso de que sean parientes del testador.

* El testamento marítimo caduca pasados los tres meses siguientes al desembarco del testador.

* No se reputará testamento marítimo, aunque haya sido otorgado durante un viaje, si en el tiempo en que se hizo, el buque hubiere arribado á tierra extranjera ó francesa donde residiere un oficial público francés.

Si comparamos los preceptos que quedan transcritos, notaremos que, salvas ligeras diferencias que en nada alteran lo sustancial, lo mismo establece el Código patrio con respecto al testamento marítimo.

Las variantes más perceptibles se reducen á la ampliación por el Código español del término de caducidad hasta cuatro meses, y á la adaptación para los casos de naufragio de lo dispuesto para los de batalla, asalto ó combate.

d) Del testamento hecho en país extranjero.—Preceptúa el Código napoleónico (art. 999) que el ciudadano francés que se encuentre en país extranjero podrá otorgar su testamento ó por acta ó documento privado ó por documento público, *acte authentique,* con todas las solemnidades que se exijan en el país donde el otorgamiento tenga lugar.

Y añade el art. 1.000:

Los testamentos hechos en país extranjero no se ejecutarán, por lo que respecta á los bienes situados en Francia, sino después de haberse inscrito en el registro á que pertenezca el domicilio del testador si aún lo tuviere, y si así no fuera, en el del último domicilio que se le hubiere conocido en Francia.

Si el testamento contuviere alguna disposición sobre inmuebles sitos en Francia, deberá además registrarse en la ficina del lugar donde radiquen.

Á estos dos artículos se reducen todas las disposicioes que los dos Códigos que estudiamos comparativamente

contienen sobre los testamentos otorgados en país extranjero.

Más amplio es el desarrollo dado á dicha materia por los legisladores españoles, puesto que admiten dos modos de testar, es á saber: ó el ciudadano español testa en la misma forma que el natural del país donde el testamento se otorgue, y entonces, como es consiguiente, rigen las leyes de la Nación, por la eficacia de aquel antiguo principio *locus regit actum;* ó el español acude al funcionario consular de España, y entonces rigen los preceptos del Código patrio, extinguiéndose los efectos de la regla antes citada por el mero hecho de acogerse á la Autoridad que representa la nacionalidad española en suelo extranjero.

Cuando el testamento se otorgue ante el Agente diplomático ó consular de España, éste remitirá copia del testamento abierto ó del acta de otorgamiento del cerrado al Ministro de Estado, enviando el testamento original cerrado ú ológrafo depositado, cuando fallezca el testador. Conviene, por último, hacer notar el art. 732 en su tercer párrafo, sin concordante en los Códigos belga y francés, y á cuyo tenor el español residente en el extranjero podrá hacer testamento ológrafo sin el requisito del papel sellado, aun en los países donde no esté admitida por las leyes dicha forma de testar.

7.° *De la revocación é ineficacia de los testamentos.*— La última de las secciones del *cap. V, tít. II, lib. III,* dedícanla los Códigos belga y francés á desenvolver dicha interesantísima materia.

Parangonadas las disposiciones de dichos dos cuerpos legales con las del Código español, échase de ver en éste un espíritu de mayor generalidad, muy en concordancia con la índole de la teoría de la revocación de los testamentos.

El principio cardinal, el verdadero gozne sobre el cual gira toda la materia, es el mismo; aquel axioma romano recogido en la *ley 4.ª, tít. IV, lib. XXXIV del Digesto*, de que

ambulatoria enim est voluntas hominis usque ad vitae supremum exitum.

Los testamentos no podrán ser revocados en todo ni en parte sino por otro testamento posterior ó por acta ante Notario, en la cual conste la variación de la voluntad del testador (art. 1.035 del Código Napoleón).

Casi las mismas palabras repite el art. 738 del Código español.

La revocación hecha en un testamento posterior tendrá todo su efecto, aunque este nuevo acto quede sin ejecución por incapacidad del heredero instituído ó del legatario, ó por negarse á recibir la herencia (art. 1.037, Código francés).

Concepto análogo contiene el art. 740.

El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo ó en parte (art. 739 del Código español).

El Código Napoleón, menos rígido en el mantenimiento del principio de que el testamento posterior destruye el anterior, no admite la derogación *in totum,* sino, por el contrario, sostiene la compatibilidad de los dos testamentos siempre que las disposiciones del segundo no destruyan las del primero ó sean antagónicas.

Los expuestos son los puntos de contacto y divergencia más perceptibles allí donde por la homogeneidad de la materia se puede establecer una comparación. Hay además de esto, en los Códigos Napoleón y belga, comprendidos bajo el enunciado general de *Revocación y caducidad de los testamentos,* preceptos sin analogía con los que el Código patrio enuncia bajo el propio encabezamiento.

Los expondremos á continuación para conocimiento de lectores.

* Cualquiera enajenación, aun la hecha por venta ó carta gracia, que realice el testador del todo ó parte de la cosa ada, determinará la revocación del legado por el todo ó

parte enajenada, aunque la venta sea nula y haya vuelto el objeto al dominio del testador (art. 1.038).

* Toda disposición testamentaria caducará si no hubiere sobrevivido al testador aquel en cuyo favor fué hecha (artículo 1.039).

* Toda disposición testamentaria hecha bajo condición dependiente de un suceso incierto y que, según la intención del testador, no deba cumplirse sino en cuanto suceda ó no: caducará si el heredero instituido ó el legatario muere antes de su cumplimiento (art. 1.040).

* La condición que según el deseo del testador no hace más que suspender la ejecución del testamento, no impedirá al heredero instituído ó al legatario tener un derecho adquirido y transmisible á sus herederos (art. 1.041).

* El legado caducará si el objeto legado hubiere desaparecido totalmente durante la vida del testador.

Sucederá lo mismo si hubiese desaparecido sin causa ó culpa del heredero, aunque éste se hubiese constituído en mora para entregarla, siempre que hubiese perecido del mismo modo en manos del legatario (art. 1.042).

* Caducará la disposición testamentaria cuando el heredero instituido ó el legatario la repudiase ó se hallasen incapaces de recibirla (art. 1.043).

* Habrá lugar al derecho de acrecer entre los legatarios en el caso en que se hubiese hecho el legado conjuntamente á muchos.

Se considerará hecho el legado de este modo cuando lo sea por una sola disposición, y el testador no hubiese asignado la parte de cada uno de los colegatarios en la cosa legada (art. 1.044).

* También se reputará hecho conjuntamente cuando una cosa que no fuese susceptible de división sin deterioro, se haya donado por una misma acta á muchas personas, aunque sea separadamente (art. 1.045).

Las mismas causas que, según los artículos 954 y las dos

primeras disposiciones del art. 955, autorizan la demanda de revocación de la donación *inter vivos*, se admitirán para la de las disposiciones testamentarias (art. 1.046) (1).

Si esta demanda se funda sobre una injuria grave, hecha á la memoria del testador, debe entablarse dentro del año contado desde el día del delito.

ITALIA

DE LAS SUCESIONES

Título II.—Libro III.

De las sucesiones (art. 720).—Capítulo II: De las sucesiones testamentarias (artículos 759 á 761).—Sección 1.ª De la capacidad de disponer por testamento (artículos 762 y 763).—Sección 3.ª De la forma de los testamentos.—§ 1º De los testamentos ordinarios (artículos 774 á 788).—§ 2.º De algunos testamentos especiales (artículos 789 á 803).—§ 3.º Disposiciones comunes á las diferentes clases de testamento (art. 804).—Sección 5.ª De la institución de heredero y de los legados (art. 827).—§ 1.º De las personas y de las cosas que constituyen el objeto de las disposiciones testamentarias (artículos 834 y 835).—Sección 8.ª Del depósito de los testamentos olôgrafos y de la apertura y publicación de los testamentos secretos (artículos 912 á 915).—Sección 9.ª De la revocación de los testamentos (artículos 916 á 922).—Capítulo III. Disposiciones comunes á las herencias legítimas y testamentarias.—Sección 1.ª De la apertura de la herencia y de la continuación de la posesión en la persona del heredero (artículos 923 y 925).

Consideraciones generales.—Aparte de las diferencias de plan que separan á los Códigos italiano y español, y que á primera vista se observan con sólo leer el sumario que precede, por cuya razón consideramos innecesario pararnos á examinarlas, se encuentran, en lo que á la doctrina se refiere, otras de más importancia.

(1) Son estas causas:
1.º Incumplimiento de las condiciones (art. 954).
2.º Atentado contra la vida del testador (ídem 955, § 1.º).
3.º Malos tratos é injurias graves (ídem 955, § 2.º).

El Código italiano es, en general, más conciso en esta materia que el español; desciende menos que éste á los detalles y prescinde de muchas solemnidades exigidas por el Código patrio.

Además, el Código que comparamos no menciona ni el testamento hecho de palabra en los casos especiales en que nuestro Código le autoriza, ni el testamento hecho en país extranjero.

Tampoco dice una palabra el Código á que nos referimos de los testigos de conocimiento ó de la forma de identificar la personalidad del testador.

Por último, también hay diferencia, digna de tener en cuenta, en la forma de otorgar el testamento abierto, y que más detenidamente haremos notar en el lugar correspondiente.

Disposiciones generales.—Como el Código patrio, dispone el del Reino de Italia, en su art. 923, que la herencia se determina al momento de la muerte, en el lugar del último domicilio del difunto, precepto que si en rigor no es el mismo que contiene el art. 657 de nuestro cuerpo legal, es el único que guarda puntos de semejanza con él.

Establece el art. 720 del Código que comparamos, en armonía con el 658 del español, la división de la sucesión en legítima y testamentaria, según se determine por la ley ó por la voluntad del hombre, manifestada en testamento, añadiendo que no procede aquélla sino cuando falte en todo ó en parte ésta.

Las disposiciones testamentarias que comprenden la universalidad ó una parte alícuota de los bienes del testador son á título universal, y atribuyen la cualidad de heredero; las demás disposiciones son á título particular, y atribuyen la cualidad de legatario; texto literal del art. 760 del Código objeto de comparación, que viene á determinar con mayor especificación que nuestro art. 660, la diferencia que existe entre la herencia y el legado.

De los testamentos.—De la capacidad para disponer por testamento.—En la misma forma negativa que lo hace el Código patrio se define la capacidad para testar en el de Italia, atribuyéndosela á todos los que no estén incapacitados por la ley (art. 762), y se hallan incapacitados, según el artículo 763, los que no tienen diez y ocho años cumplidos, los interdictos por enfermedad moral y los que aun sin estar sujetos á interdicción, no tuvieren el entendimiento sano en la época en que hicieren el testamento, perjudicando á la validez del mismo las incapacidades declaradas en los dos últimos casos solamente cuando existan en la época en que se ha hecho aquél. Observamos, pues, en este punto, como única diferencia esencial entre ambos Códigos, la relativa á la edad necesaria para testar, que la eleva el de Italia á diez y ocho años.

No contiene este Código disposición alguna que se refiera á las precauciones que deben adoptarse en el caso de que intente hacer testamento el demente en un intervalo lúcido.

De los testamentos en general.—Define el testamento el Código que estudiamos diciendo que es un acto revocable, por el cual el hombre, siguiendo las reglas establecidas por la ley, dispone para el tiempo en que haya dejado de vivir, del todo ó parte de su patrimonio en favor de una ó muchas personas (art. 759).

Las disposiciones testamentarias se pueden hacer á título de herencia ó de legado ó bajo cualquiera otra denominación, propia para manifestar la voluntad del testador (art. 827).—La previsión para los casos de duda que se halla en el artículo 668 del Código patrio, no tiene concordante en el que estudiamos.

La prohibición de los testamentos mancomunados se halla establecida en la misma extensión y forma que en el artículo 669 del Código que nos rige, en el 761 del de Italia. No prohibe expresamente los testamentos por comisario ó mandatario el Código que se compara, pero si ordena la

nulidad de la disposición que deja al arbitrio del heredero ó de un tercero el designar una persona incierta para percibir la herencia ó el legado, ó determinar la cantidad de éste, á no ser remuneratorio por servicios prestados en la última enfermedad del testador. Consiente, en cambio, á semejanza del de España, la disposición á título particular en favor de una persona elegida por un tercero entre muchas designadas por el testador ó pertenecientes á familias ó cuerpos morales determinados por el mismo.

Nada hallamos en el mismo cuerpo legal que tenga analogía ó semejanza con lo dispuesto en los artículos 672 á 675 del Código patrio.

De la forma de los testamentos.—Clasifica el Código que venimos examinando los testamentos en general en ordinarios y especiales. El ordinario, ó sea el que nuestro Código llama común, lo subdivide en dos clases: testamento ológrafo y testamento por acta ante Notario, y este último, á su vez, tiene otras dos modalidades, público ó privado. Es, por consiguiente, esta clasificación la misma que establece el Código por que nos regimos, si bien hecha bajo forma y títulos distintos.

En cuanto á los testamentos especiales, aunque no hace expresamente su clasificación, menciona en los artículos que á ellos dedica, y en tal concepto considera como tales, el hecho en tiempo de epidemia, el marítimo y el militar.

Aun cuando no dedica artículos especiales como nuestro Código á la definición de los testamentos ológrafo abierto y cerrado, virtualmente se hallan contenidos en las disposiciones que respectivamente los regulan.

Siguiendo sistema contrario al empleado por el Código español, determina la capacidad para ser testigo en los testamentos en sentido afirmativo el de Italia, diciendo que deben ser varones mayores de veintiún años, ciudadanos del Reino ó extranjeros en él residentes, y no haber perdido por sentencia judicial el ejercicio de los derechos civiles, exten-

diendo la prohibición para serlo á los Oficiales y amanuenses del Notario que autorice el testamento (art. 788). Son, pues, mucho menores las limitaciones que establece el Código que comparamos que las contenidas en los artículos 681 y 682 del español.

Todos los requisitos que para testar en lengua extranjera exige nuestro Código, así como las disposiciones referentes al conocimiento é identificación de la persona del testador que se hallan en los artículos 683 á 686, no se encuentran en el que estudiamos.

Ambos Códigos declaran unánimes la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observen las formalidades que respectivamente establecen.

Del testamento ológrafo.—El testamento ológrafo debe estar escrito por entero, fechado y firmado por mano del testador. La fecha debe indicar el día, mes y año. La firma deberá estar puesta al fin de las disposiciones. He aquí todo lo que el Código de Italia preceptúa respecto á los requisitos de esta forma de testar. Encontramos, por consiguiente, como diferencias que le separan del Código patrio, en primer término, la edad, pues en tanto que este último exige ser mayor de edad, aquél no dice cuál se requiere, y por tanto se deduce que será la misma que para las demás formas de testar. Otra diferencia consiste en la clase de papel en que ha de extenderse, que tampoco la señala el Código que comparamos.

En cuanto al procedimiento para su apertura y protocolización también discrepan ambos Códigos, y para mayor claridad insertamos literalmente los artículos del de Italia que regulan este procedimiento.

Art. 912. El testamento ológrafo se depositará á instancia de cualquiera que se juzgue interesado en el mismo, en poder de un Notario del lugar en que se haya abierto la sucesión, á presencia del Juez municipal de la circunscripción y de dos testigos. El sobre que contenga el testamento se

rubricará en la mitad de cada folio por los dos testigos, el Juez y Notario. Se extenderá acta del depósito en la forma de los instrumentos públicos, describiendo en la misma el Notario el estado del testamento, copiándolo literalmente y haciendo también mención de la apertura del mismo si se hubiese presentado sellado, y de las rúbricas puestas por dicho Notario, Juez y testigos. El acta se suscribirá por el deponente, testigos, el Juez y Notario, uniéndose al mismo el papel que contenga el testamento, extracto del acta de defunción del testador ó la providencia del Tribunal declarando la ausencia.

Art. 913. En el caso en que el testamento ológrafo hubiese sido depositado por el testador en poder de un Notario, las formalidades establecidas por el artículo precedente se cumplirán por el Notario depositario.

Art. 914. Cumplidas las formalidades establecidas en los dos artículos anteriores, se ejecutará el testamento ológrafo, sin perjuicio de las providencias de conservación que la autoridad judicial ante quien se hubiese impugnado aquél ó el Pretor en el acto del depósito, caso de urgencia, creyesen oportuno dictar para garantía de los interesados.

Como se observa por lo expuesto, el Código itálico da mayores facilidades para la apertura y protocolización del testamento, simplificando los procedimientos que establece nuestro Código en sus artículos 689 á 693.

Del testamento abierto.—El testamento público ó abierto admite dos formas en su otorgamiento, según el Código de Italia, que en este punto se aparta por completo del español. Puede otorgarse ante Notario en presencia de cuatro testigos, ó por dos Notarios en presencia de dos testigos (artículos 777).

En cuanto á las solemnidades para el otorgamiento, se limita á exigir que el testador declare en presencia de los testigos su voluntad, la cual se redactará por escrito bajo la dirección del Notario, dando éste lectura del testamento al

testador y los testigos, y haciendo mención expresa del cumplimiento de estas formalidades (art. 778). El testador debe firmar el testamento, y si no sabe ó no puede, declarar la causa que se lo impida, debiendo mencionar el Notario esta declaración (art. 779). Y, por último, debe firmarse por los testigos y por el Notario (art. 780). Estas son las únicas disposiciones que dicta el Código que comparamos con referencia al testamento público. Nada dice del caso en que los testigos no puedan ó no sepan firmar, y al exigir que el testamento sea suscrito por éstos, parece deducirse que deben saber escribir todos, si bien entre las cualidades que para serlo marca el art. 788 no se exceptúa al que no sepa escribir. Tampoco se exige por este Código el requisito de fijar la hora del otorgamiento.

El testamento ante dos Notarios se otorga con los mismos requisitos, sin más diferencia que la de manifestarse la voluntad ante ambos, y los dos le han de suscribir.

El testamento abierto del enteramente sordo requiere en Italia las mismas solemnidades que en España, es decir, la de que lo lea por sí mismo el testador. Cuando no sabe ó no puede, deben intervenir cinco testigos, ó tres si es ante dos Notarios.

Los casos del ciego y del que se halla en inminente peligro de muerte, que se regulan en nuestro Código por los artículos 699 y 700, no se hallan previstos en el que estudiamos.

En cuanto al testamento hecho en caso de epidemia ó enfermedad contagiosa, también dicta reglas distintas este Código. Dispone que en tales casos es válido el testamento que se otorgue por escrito ante Notario, el Juez, ó el Síndico, ó ante quien haga sus veces, ó ante el Ministro del culto en presencia de dos testigos. El testamento será siem- firmado por el que dé fe de su otorgamiento, y, permi- ndolo las circunstancias, por el testador y los testigos; sin bargo, es válido sin estas últimas firmas, mencionándose

la causa por la cual no se ha cumplido con esta formalidad. En este testamento pueden ser testigos personas de uno ú otro sexo, siendo mayores de diez y seis años. Estos testamentos quedarán nulos seis meses después que haya cesado la epidemia en el lugar en que se encontraba el testador, ó seis meses después que el mismo se haya trasladado á un lugar libre de la epidemia. Si el testador muere en el intervalo, se depositará el testamento tan pronto como sea posible en la Oficina del Registro del lugar en que se haya otorgado. Por consiguiente, el Código de Italia no autoriza en ningún caso el testamento hecho de palabra, sino que exige siempre que sea por escrito y en presencia de alguna persona con carácter de autoridad, además de los testigos. También se diferencian ambos Códigos en el plazo que marcan para la validez de dichos testamentos.

Del testamento cerrado.—El otorgamiento del testamento cerrado se regula por el Código de Italia, en forma idéntica á la que se dispone en el español. Como única diferencia digna de apuntarse, encontramos la del número de testigos que se requieren, que son cuatro en lugar de los cinco exigidos por nuestra legislación.

En cuanto á su apertura, se verifica también con los requisitos que ya hemos expuesto anteriormente al tratar del testamento ológrafo.

La misma sanción de nulidad impone el Código que estudiamos al testamento cerrado que no se otorgue con las solemnidades exigidas, pero le considera válido como testamento ológrafo si tiene las condiciones propias de este testamento.

Del testamento militar. — En los mismos casos y con iguales solemnidades que se previenen por el Código patrio pueden otorgar testamento los militares en campaña, bien en el Reino ó en el extranjero, los prisioneros de guerra en plaza ó fortaleza sitiada ó en cualquier otro sitio en que se hallen interceptadas las comunicaciones, según el Código

italiano, cuyos artículos 799 al 802 concuerdan casi literalmente con el 716 y el 718 de nuestro Código. Lo que no hallamos en el Código que estamos comparando es la facultad de hacer testamento cerrado que conceden los artículos 717 y 721 del español, ni la de hacerlo de palabra en los casos y con las condiciones que se marcan en el 720.

En cuanto á la eficacia del testamento militar también difieren ambos Códigos, pues el de Italia la limita á tres meses después de la vuelta del testador á un lugar en que pueda hacer otro en las formas ordinarias (art. 803).

Del testamento marítimo.— Los testamentos hechos en el mar durante un viaje se otorgarán, según el Código de Italia, á bordo de los navíos y demás embarcaciones de la marina militar, ante el Oficial que mande el barco, juntamente con el Comisario de marina, y en defecto de éstos, ante los que hagan sus veces: á bordo de las embarcaciones mercantes pueden otorgarse ante el segundo, juntamente con el Capitán ó patrón, ó quienes hagan sus veces, interviniendo en todo caso dos testigos varones y mayores de edad (art. 791). Observamos, pues, que el Código citado exige mayores solemnidades, pues requiere la autoridad de dos personas á más de los testigos, diferencia aplicable principalmente á los testamentos hechos en buques mercantes, pues en los hechos en los de guerra también en España se exige el V.° B.° del Capitán.

También hallamos otra diferencia en cuanto á la firma, pues el Código de Italia dispone que si el testador ó los testigos no saben ó no pueden firmarlo, debe indicarse el motivo que ha impedido la firma, de lo cual se deduce que no es necesario que los testigos, ó por lo menos uno de ellos, sepa firmar, como ordena nuestro Código.

Es de advertir que todas las disposiciones del Código e estudiamos relativas al testamento marítimo sólo se reren al testamento abierto, callando en absoluto en lo que relaciona con las demás formas de testar que nuestro

Código admite, y que por consecuencia no tienen concordante en aquél los preceptos que éste dicta para los casos en que se otorgue testamento ológrafo y cerrado.

En las demás formalidades que han de observarse en los testamentos hechos en el mar se hallan de acuerdo los dos Códigos, salvo en la duración de su eficacia que, como en el militar, la reduce el Código que comparamos á tres meses, después del desembarco.

Y por último, tampoco admite en los casos de naufragio este Código el testamento hecho en la forma que previene el art. 731 del de España.

Del testamento hecho en país extranjero. — El Código que estudiamos no dicta disposición alguna que admita comparación con las contenidas en los artículos 732 á 736 del patrio.

De la revocación é ineficacia de los testamentos.—Iguales doctrinas sustentan los Códigos que examinamos en cuanto á la revocación é ineficacia de los testamentos; ambos declaran nula la renuncia al derecho de revocarlos; los dos disponen que la revocación ha de hacerse por otro testamento ó con las solemnidades de éste; coinciden también en que produce su efecto la revocación aunque el nuevo acto en que se verifique quede sin realizarse por haber fallecido antes el heredero ó legatario, por ser incapaz ó por renunciar la herencia ó el legado.

En lo único que se interrumpe esta armonía es en el precepto del art. 739 del Código patrio, que se halla sustituído en el italiano por este otro: «Art. 920. El testamento posterior que no revoque de una manera expresa los precedentes, anula en éstos solamente las disposiciones que aparezcan contrarias á las nuevas ó incompatibles con las mismas.»

Y para terminar este estudio haremos constar que los artículos 741 á 743 de nuestro Código no tienen equivalente en el que concluímos de comparar.

PORTUGAL

DE LAS SUCESIONES

Título II.—Libro III.

Capítulo I: Disposiciones preliminares (artículos 1.735 á 1.738).—Capítulo II: De la sucesión testamentaria.—Sección 1.ª De los testamentos en general (artículos 1.739 á 1.762).—Sección 2.ª De los que pueden testar y de los que pueden adquirir por testamento (artículos 1.763 á 1.765).—Sección 3.ª De la forma de los testamentos.—Subsección 1.ª Diposiciones preliminares (art. 1.910).—Subsección 2.ª Del testamento público (artículos 1.911 á 1.919).—Subsección 3.ª Del testamento cerrado (artículos 1.920 á 1.943).—Subsección 4.ª Del testamento militar (artículos 1.944 á 1.947).—Subsección 5.ª Del testamento marítimo (artículos 1.948 á 1.960).—Subsección 6.ª Del testamento externo hecho en país extranjero (artículos 1.961 á 1.965). Subsección 7.ª Disposiciones comunes á todos los testamentos (artículos 1.966 y 1.967).

Consideraciones generales.—En materia de sucesiones hay gran semejanza entre casi todos los Códigos, pero son de notar entre el que comparamos y el patrio, como diferencias de mayor importancia, la omisión del testamento ológrafo por el de Portugal y la distinta forma en que dispone el otorgamiento del testamento cerrado. En lo demás existen pequeñas discrepancias de detalle que iremos examinando en su oportuno lugar.

Disposiciones generales.—Estableciendo el principio general de la división de la sucesión en testamentaria y legítima, el Código de Portugal, en su art. 1.735, dice que cualquiera puede heredar, por muerte de una persona, todos sus bienes ó parte de ellos, lo mismo por disposición de última luntad que en virtud de la ley. En el primer caso, la suceón se llama testamentaria; en el segundo, legítima. Este tículo, que en rigor contiene los mismos preceptos que 658 del Código patrio, es, sin embargo, más deficiente en

su redacción y le falta además la determinación categórica de que los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, como dispone el 657 del español. Tampoco consigna el caso de que pueda heredarse en parte por voluntad del hombre y en otra por disposición de la ley.

En consonancia con nuestro art. 659, dispone el 1.737 del Código que comparamos que la herencia abarca todos los bienes, derechos y obligaciones del difunto que no fueren meramente personales ó exceptuados por su voluntad, ó disposición de la ley, y de igual modo coincide el 660 con el 1.736 al definir el heredero y el legatario.

A seguida el Código lusitano preceptúa en el art. 1.738 que si el que era dueño de la herencia y sus herederos ó legatarios perecieren en determinado momento, ó en el mismo día sin que se pueda averiguar cuáles fuesen los que perecieron primero, se tendrán como fallecidos al mismo tiempo y no se verificará entre ellos la transmisión de la herencia ó del legado. Este artículo no tiene equivalente en nuestro Código, así como tampoco en el portugués lo tiene el 661 del español.

De los testamentos.—Capacidad para disponer por testamento.—Tanto el Código portugués como el español consignan el principio general respecto á la capacidad para testar de que la tienen todos aquellos á quienes la ley no lo prohibe expresamente (art. 1.763, Código de Portugal).

No ocurre lo propio en cuanto á las prohibiciones, pues el Código que comparamos las establece en los casos siguientes:

1.° A los que no estuviesen en su perfecto juicio.

2.° A los que sufren condena por sentencia firme.

3.° A los menores de catorce años de uno y otro sexo.

4.° A las religiosas profesas mientras no se secularizasen, ó sus comunidades no fueren suprimidas.

En cuanto á los ciegos y á los que no saben ó no pueden

leer, les prohibe únicamente hacer testamento cerrado (artículo 1.764).

Nada encontramos en este Código que concuerde con lo establecido en el nuestro en sus artículos 664 y 665; pero el 666 es fiel trasunto del 1.765 del lusitano, que dice que la capacidad del testador será regulada por el estado en que se hallase en la época en que hizo testamento.

De los testamentos en general.—Definen el testamento ambos Códigos diciendo que es el acto por el cual uno dispone para después de la muerte de todos ó parte de sus bienes.

No prevé el Código portugués el caso de que exista duda acerca de la disposición del testador cuando éste no haya usado la palabra «heredero», caso previsto en el art. 668 de nuestro Código.

Ambos cuerpos legales prohiben el testamento mancomunado, y reconociendo que es un acto personalísimo, prohiben igualmente que se deje su formación al arbitrio de un tercero ó que se haga por mandatario ó procurador, consintiendo únicamente que se encomiende á un tercero la distribución de cantidades que se dejan á varias personas.

También declaran la nulidad de las disposiciones que dependan de instrucciones ó recomendaciones hechas á otro secretamente, y de las que se refieran á cédulas ó papeles privados, si bien el Código portugués sólo exige que estén escritos y firmados por el testador para que sean válidos. Además, agrega este Código que son nulas las disposiciones que se hicieran á favor de personas indeterminadas cuya certeza no pueda designarse.

La misma nulidad lleva consigo el testamento hecho por violencia, dolo ó fraude, é idéntica penalidad imponen ambos ligos al que por alguno de esos medios impida que se rgue libremente el testamento.

Respecto á este último extremo dispone el Código lusio que la autoridad administrativa que tuviere noticia de

que alguno impedía testar á otro libremente, se presentará sin tardanza en casa del testador con un Escribano y los necesarios testigos, y probada la coacción, se firmará el oportuno testimonio para ser remitido al Ministerio público, poniendo en lugar seguro á la persona que desea testar para que lo haga libremente (art. 1.750).

El art. 675 de nuestro Código concuerda en su primer párrafo con el 1.761 y en su segundo con el 1.752 del Código que comparamos.

De la forma de los testamentos.—El testamento, en cuanto á su forma, puede ser, según el Código de Portugal:

1.° Público.
2.° Cerrado.
3.° Militar.
4.° Marítimo.
5.° Externo, ó hecho en país extranjero (art. 1.910).

Esta división, como se ve, se aparta de la que el Código español hace en común ó especial; y de la subdivisión de estas clases, la primera en ológrafo, abierto ó cerrado, y la segunda en militar, marítimo y hecho en país extranjero. En rigor, la diferencia más importante estriba en que el Código que comparamos no establece el testamento ológrafo.

Es abierto, ó público como le denomina el Código portugués, cuando el Escribano que le extiende le asienta en sus protocolos (art. 1.911).

No nos ocupamos en este lugar de hacer la comparación del art. 680 del Código patrio que define el testamento cerrado, porque existen grandes diferencias en este punto entre ambos cuerpos legales, y lo haremos notar en la sección correspondiente.

No pueden ser testigos en los testamentos, según el artículo 1.966 del Código de Portugal:

1.° Los extranjeros.
2.° Las mujeres.
3.° Los dementes.

4.° Los menores no emancipados.

5.° Los sordo-mudos y ciegos y los que no entendieren el idioma en que se escriba el testamento, siendo público, ó el auto de aprobación siendo cerrado.

6.° Los hijos y los amanuenses del Escribano que escribiere ó autorizare el testamento.

7.° Los que en virtud de sentencia estén declarados inhábiles para ser testigos instrumentales.

La edad legal para ser testigo en un testamento, ó en su autorización, se computará en el momento de verificarse el acto.

Observamos, pues, como diferencias más principales entre el Código que comparamos y el patrio, que aquél limita la incapacidad de los parientes del Notario únicamente á los hijos de éste; que en cuanto á los menores de edad, se refiere á los no emancipados y que exceptúa también á los extranjeros, caso no previsto en nuestro Código.

La prohibición de ser testigos en el testamento abierto los herederos y legatarios en él instituídos, y los parientes de los mismos, prohibición consignada en el art. 682 de nuestro Código, la establece el 1.772 del portugués, preceptuando que el testador no puede disponer en favor de los testigos que intervienen en el testamento público ó en el auto de aprobación del testamento cerrado; pero, como vemos, esta prohibición resulta más limitada, pues no se extiende á los demás parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad como sucede en el Código español.

Nada dice el Código que estudiamos respecto á los requisitos que han de cumplirse para testar en lengua extranjera, caso previsto en el art. 684 del Código patrio.

En cuanto á los requisitos que se exigen por los ar- ,ulos 685 y 686 de nuestro Código, referentes al conoci- iiento del testador por el Notario y los testigos y á su capa- dad para testar, el Código lusitano, en términos más ge-

nerales, dispone que tanto el Escribano como los testigos deben conocer al testador ó identificar su persona en cualquier forma posible, y asegurarse de que estaba en su perfecto juicio y libre de toda coacción (art. 1.913).

A semejanza del art. 687 del Código español, declara el 1.919 del que comparamos que cuando falten algunas formalidades quedará el testamento sin efecto, si bien se halla contenido este precepto en la sección en que habla del testamento público, y por tanto, no tiene el carácter general de aquél.

Del testamento ológrafo.—Esta forma de testar no se halla establecida en el Derecho civil portugués.

Del testamento abierto.—Muy brevemente se ocupa el Código de Portugal de esta forma de testamento, que llama público; así es que encontramos bastantes disposiciones de nuestro Código que no se encuentran en aquél.

Limítase el Código que comparamos á disponer que el testador que quisiese hacer testamento en esta forma, declarará su última voluntad ante cualquier Escribano y cinco testigos idóneos.

La disposición será fechada, con determinación del lugar, día, mes y año, escrita y leída en voz alta, en presencia de los mismos testigos, por el Escribano ó por el testador, si lo deseare, y firmada por todos.

Si alguno de los testigos no supiese escribir, hará una señal; pero es indispensable que tres testigos pongan su firma entera.

Si el testador no supiese ó no pudiese escribir, el Escribano lo declarará así, debiendo, en este caso, presenciar el acto seis testigos, y uno de ellos firmará á ruego del mismo testador.

Por lo expuesto vemos que las principales diferencias entre ambos Códigos estriban en el número de testigos que exigen para otorgar el testamento abierto, pues en tanto que el patrio sólo exige tres, de los cuales basta que uno sepa

firmar, el portugués exige cinco, y que sepan firmar lo menos tres.

En cuanto al testamento del enteramente sordo, se requieren iguales requisitos por los dos Códigos, con la única diferencia de que en Portugal basta que designe una sola persona para que lo lea, el que no sepa hacerlo.

No contiene disposición alguna el Código que estamos comparando referente al testamento del ciego, al hecho en peligro inminente de muerte ni al hecho en caso de epidemia.

Del testamento cerrado.—Aun cuando los requisitos esenciales del testamento cerrado son los mismos en los Códigos que comparamos, existen grandes diferencias en lo que á las solemnidades que para su otorgamiento exigen se refiere.

Con efecto, lo mismo que el art. 706 de nuestro Código, dispone el 1.920 del portugués que el testamento cerrado puede ser escrito y firmado por el testador ó por otra persona á su ruego, ó escrito por otra persona á ruego del testador y firmado por éste. La persona que firme el testamento debe rubricar todas sus hojas. El testador sólo puede dejar de firmar el testamento no sabiendo ó no pudiendo, lo cual se declarará en el mismo documento. También coinciden ambos Códigos en preceptuar que el testador presentará á cualquier Escribano su disposición ante cinco testigos, declarando que aquella es su última voluntad. Pero á partir de este momento ya comienzan las diferencias entre los cuerpos legales.

Dispone el art. 1.922 del Código de Portugal que acto seguido, y siempre en presencia de los testigos, el Escribano, viendo el testamento, pero sin leerle, levantará un acta de aprobación, que principiará á continuación de la firma del testamento y continuará sin interrupción en la misma página iguientes. En este acta declarará el Escribano:

.° Si el testamento está escrito y firmado por el tesor.

.° El número de páginas que contiene.

3.° Si está rubricado por quien le firmó.

4.° Si tiene ó no algún borrón, entrelínea, enmienda ó nota marginal.

5.° Que la persona del testador fué reconocida ó identificada.

6.° Que el testador estaba en su cabal juicio y libre de toda coacción.

7.° Y finalmente, que el mismo testador le presentó el testamento en la forma que la ley ordena.

El acta será leída, fechada y firmada en conformidad con lo dispuesto para el testamento público. Acto seguido, y siempre en presencia de los testigos, el Escribano coserá y lacrará el testamento, estampando en la parte exterior de la hoja que sirva de cubierta, una nota que declare la persona á quien pertenece el testamento allí contenido. El testador puede prescindir de estas formalidades externas; pero en este caso se hará mención en el acta de aprobación, de que se han omitido por voluntad del testador.

Existe, pues, una diferencia capitalísima entre ambas legislaciones; la española ordena que el testamento se presente cerrado ó se cierre en presencia del Notario, extendiéndose en todo caso el acta de aprobación en la cubierta. La portuguesa, por el contrario, exige la presentación del testamento abierto y á su continuación ha de ponerse la referida acta, desnaturalizándose en cierto modo, á nuestro entender, con este y los demás requisitos que manda observar, el carácter de secreto que este testamento tiene, pues no se podrá conseguir en algunos casos que el Notario deje de enterarse de ciertas disposiciones si han de cumplirse fielmente aquellos requisitos.

Ambos Códigos se hallan conformes en prohibir hacer testamento bajo esta forma á los que no saben ó no pueden leer; y lo mismo ocurre en cuanto á las formalidades que exigen para que testen los sordo-mudos que saben escribir.

Igual conformidad hallamos en disponer que el testa-

mento puede quedar depositado en poder del testador ó de persona de su confianza; pero el Código lusitano, en vez de añadir la facultad de confiarlo al Notario autorizante, sustituye á éste con el archivo testamentario de cualquier distrito administrativo, á cuyo fin habrá en la Secretaría de cada Gobierno civil una caja fuerte con dos llaves, una de las cuales estará en poder del Gobernador civil y la otra en el del Secretario general. El testador se presentará con el testamento ante el Gobernador civil, y éste hará tomar nota de la entrega y depósito en un libro registro que se llevará al efecto, cuya nota será firmada por el Gobernador civil, Secretario general y testador. La presentación y el depósito pueden hacerse por Procurador; y en este caso, el documento que autorice la procuración, quedará unido al testamento. El testador puede retirar cuando le convenga su testamento, cuyo acto se hará con las mismas formalidades con que se hizo el depósito. La procuración para retirar el testamento se hará por Escribano y firmada por cuatro testigos, quedando registrada en el libro competente (artículos 1.927 á 1.931).

Inserta á continuación el Código que comparamos disposiciones relativas á la forma de abrirse ó publicarse el testamento cerrado, disposiciones que nuestro Código no contiene y que son propias de la ley de procedimiento, por cuya razón no juzgamos necesario compararlas.

Igual sanción imponen ambos cuerpos legales á la persona que tuviere un testamento cerrado y no lo presentare, y á la que le sustrajese dolosamente del domicilio del testador ó de la persona en cuyo poder obrase; pero el lusitano, más exigente que el nuestro, limita á tres días el plazo de diez que éste concede para verificar dicha presentación.

Análogas disposiciones que nuestro art. 742 contienen los artículos 1.939 al 1.943 del de Portugal, en lo que hace relación á los testamentos cerrados que se presenten rotos, abiertos, enmendados ó con algún otro vicio.

Es nulo y queda sin efecto el testamento cerrado en cuyo

otorgamiento no se observen las solemnidades que quedan establecidas, y el Escribano responsable de los daños y perjuicios que se originen por su malicia, ignorancia ó negligencia.

Del testamento militar.—El testamento militar se halla regulado de igual manera por el Código portugués, sin otra diferencia esencial que la de exigir éste la presencia de tres testigos, y la referente al plazo de caducidad, puesto que declara ineficaz el testamento al mes siguiente de haber cesado las circunstancias que lo motivaron, en lugar de los cuatro meses que nuestro Código marca para este caso.

También autoriza, en análogas condiciones, el testamento cerrado, pero no encontramos disposición alguna que permita el testamento de palabra que el art. 720 del Código patrio consiente en los casos extraordinarios que allí se mencionan.

Del testamento marítimo.—Se halla limitada la facultad de testar en esta forma en el Código de Portugal á los militares ó empleados civiles del servicio público á bordo de los buques del Estado.

En cuanto á su forma y solemnidades, son análogas á las establecidas por el Código patrio, sin más diferencias dignas de mencionarse que las siguientes: que la disposición será escrita por el Sobrecargo de la embarcación ó quien haga sus veces, en presencia de tres testigos idóneos y del Comandante, y que sólo producirá efecto falleciendo el testador en el mar ó en el término de un mes, contado desde que desembarque en territorio portugués.

Del testamento hecho en país extranjero.—El testamento externo ó hecho en país extranjero se halla regulado en idéntica forma por los dos Códigos que estudiamos. Sólo hemos de apuntar como diferencia entre ambos la omisión que contiene el de Portugal del precepto de nuestro art. 733, que dispone la nulidad del testamento mancomunado que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado.

De la revocación é ineficacia de los testamentos.—Declaran ambos Códigos que el testamento es esencialmente revocable, derecho que no puede renunciarse, y que la revocación ha de hacerse por otro testamento, con las solemnidades legales, añadiendo el de Portugal que también puede hacerse por escritura pública ó por el acto de enajenar el testador antes de su muerte los objetos testados.

En contraposición á lo que nuestro Código dice, ordena el que comparamos que cuando en el segundo testamento no se mencione el primero, sólo revocará á éste en la parte que le fuere contrario.

También dispone que cuando aparezcan dos testamentos de la misma fecha sin que pueda señalarse cuál sea posterior, y estuvieran en contradicción, se tendrán en ambos por no escritas las disposiciones contradictorias, caso que no puede ocurrir con nuestro Código, pues cumpliéndose el requisito de marcar la hora en que se testa, es materialmente imposible el otorgamiento simultáneo de dos testamentos.

El art. 740 de nuestro Código es copia literal del 1.757 del portugués.

Este último no contiene precepto alguno concordante con el del art. 741 del Código patrio, que reconoce la validez del reconocimiento de un hijo ilegítimo, aunque se revoque el testamento con que se hizo.

Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto en relación á los herederos y legatarios:

1.° Cuando fallezcan éstos antes que el testador.

2.° Cuando la institución del heredero ó legatario dependiese de una condición y éstos muriesen antes de que se verificase aquélla.

3.° Si los herederos ó legatarios se incapacitasen para quirir la herencia ó el legado.

4.° Si el heredero ó legatario renunciasen su derecho (ar-ılo 1.759 del Código de Portugal).

GUATEMALA

Libro II.— Título X.— Artículos 746 al 749, 794 al 798, 766 al 783, 784 al 791, 931 al 940.

Título X: Del modo de adquirir el dominio por herencia.— Capitulo I: Disposiciones generales (artículos 746 al 749).— Capitulo VIII: De los que pueden testar (artículos 794 al 798) —Capitulo IV: De los testamentos (artículos 766 al 770).— Capitulo V: De la forma de los testamentos (artículos 771 al 783).—Capitulo VI: Testamentos especiales (artículos 784 al 791).— Capítulo XVII: De la revocación de los testamentos (artículos 931 al 940).

Bajo el epígrafe *Del modo de adquirir el dominio por herencia,* comprende el Código guatemalteco la materia que el nuestro estudia en el *tít. III del libro III,* enunciada genéricamente con el lema *De las sucesiones.*

El Código de Guatemala clasifica las herencias en testamentarias, que se adquieren en virtud de testamento otorgado conforme á las disposiciones del Código, y legales, que son las que se adquieren por disposición de la ley á falta de testamento.

La única diferencia que en este punto existe es de nombre; pues en el Código de la República se denominan testamentarias y legales, y en el Código patrio se clasifican en testamentarias y legítimas, equivalentes estas últimas en un todo á las legales.

Refiérese el Código que comparamos á un extremo que el nuestro no menciona. Dice aquél que siempre que no fuese posible saber cuál murió primero de dos ó más personas que fallecieron en un naufragio, incendio, terremoto ú otro acontecimiento, se les reputará muertas á un mismo tiempo.

I. *De la capacidad para testar.*—Saltando por encima de los párrafos segundo y tercero del título y libro del Código

guatemalteco, á que nos veníamos refiriendo, y haciendo antes escala en el art. 749, observaremos que dicho Código define el heredero diciendo que es la persona que tiene derecho de suceder en los bienes de otro que haya fallecido.

Pueden testar todos aquellos á quienes no se les prohibe, dice el Código de Guatemala, palabras cuya significación es exacta á las que figuran en el Código patrio, según el cual, pueden testar todos aquellos á quienes la ley no lo prohibe expresamente.

Ahora bien: no pueden testar:

En Guatemala: los menores de catorce años; los sordomudos que no sepan escribir y el loco ó fatuo.

En España: los menores de catorce años de uno y otro sexo, y el que habitual ó accidentalmente no se hallase en su cabal juicio.

El testamento otorgado por el loco ó fatuo antes de su enfermedad y el del loco durante sus lúcidos intervalos, considéralos también válidos el Código guatemalteco, pero debiendo en el segundo caso observarse las siguientes prescripciones:

Siempre que un demente pretenda hacer testamento, su tutor, y en defecto de éste la familia de aquél, presentará solicitud por escrito al Juez, quien, acompañado de uno ó dos facultativos, se trasladará á la casa del paciente.

Los facultativos examinarán al enfermo, haciéndole, así como el Juez, cuantas preguntas creyeren conducentes para cerciorarse de su estado mental.

Del reconocimiento se levantará acta formal, en que se hará constar el resultado.

Si éste fuere favorable, se procederá desde luego á la formación del testamento, cuyas cláusulas se redactarán ecisamente por escrito y con las demás solemnidades que requieren para esta clase de instrumentos.

Terminado el acto, firmarán, además de los testigos, el ez y los facultativos; poniéndose al pie del testamento

razón expresa de que durante todo el acto conservó el paciente perfecta lucidez de juicio; sin cuyo requisito y su constancia, será nulo el testamento.

II. *De los testamentos.*—Define el Código de Guatemala en su art. 766, el testamento, diciendo que por él dispone una persona de sus bienes, acciones y derechos para cuando haya muerto.

En su art. 809 declara nulo todo testamento otorgado en común por dos ó más personas, sea quien fuere el heredero instituído.

Y por último, en el art. 805 prohibe á los testadores dar poder para testar.

Estos tres artículos son los únicos puntos de contacto que el Código de Guatemala tiene con el patrio en esta materia. Los demás artículos son referentes á extremos que nada tienen que ver con lo que ahora venimos tratando.

Queda, pues, reducida la semejanza entre estos dos Códigos á los tres artículos dichos, que corresponden con los 667, 669 y 670 del nuestro, quedando sin equivalente en el de Guatemala los artículos 668, 671, 672, 673, 674 y 675.

III. *De la forma de los testamentos.*—Aunque el Código que venimos comparando no dice, á imitación del nuestro, que los testamentos se dividen en comunes y especiales, acepta, sin embargo, esta clasificación, desde el momento en que destina un capítulo á las solemnidades del testamento en general y otro á las particulares de ciertos testamentos, comprendiendo en el primero la forma de los testamentos que nuestro Código llama comunes, y en el segundo la forma de los especiales.

Expresa el Código de Guatemala:

El que declara su última voluntad en un escrito que cierra, sella y entrega para que en su cubierta se pongan las seguridades que señala el Código, hace testamento cerrado (art. 768).

Se hace testamento abierto por escritura privada (artículo 767).

Y, por último, en el art. 772 hace mención del testamento en escritura pública.

Las solemnidades propias de cada uno de dichos testamentos las iremos enumerando por el mismo orden con que las expone el Código.

1.ª *Del testamento otorgado por escritura pública.*

Las solemnidades del testamento en escritura pública son:

a) Que estén reunidos en un solo acto desde el principio hasta el fin del testamento, el testador, el Escribano y tres testigos vecinos del lugar

b) Que si uno de los testigos no es vecino del lugar, se aumenten dos aunque no lo sean, para que haya cinco testigos testamentarios, teniendo á lo menos dos la calidad de vecinos.

c) Que el testador exprese su voluntad.

d) Que se lea clara y distintamente el testamento por cualquiera de las personas presentes que el testador elija.

e) Que durante la lectura y al fin de cada cláusula se averigüe, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión de su última voluntad.

f) Que el testador y los testigos firmen el testamento y que lo autorice en el mismo acto el Escribano.

g) Que si el testador no sabe ó no puede firmar, lo haga el testigo que él designe.

h) Que si alguno de los testigos no sabe escribir, lo haga á su ruego uno de los otros.

i) Que de los testigos, dos cuando menos sepan escribir y firmen el testamento.

j) Que si se suspende la facción del testamento por cualuiera causa urgente, se advierta esta circunstancia en cláuula especial, firmada por el testador, los testigos y el escriano, ó cuando menos por estos últimos; y que no pueda ontinuarse el testamento sin que estén presentes y reuni-

dos el testador, el Escribano y los mismos testigos si pudieren ser habidos.

2.ª *Del testamento otorgado por escritura privada.*

Las solemnidades del testamento que se otorga en escritura privada son:

a) Que escrita la memoria del testamento, la lea ó haga leer el testador, hallándose éste y cinco testigos reunidos y presentes á ese acto, hasta autorizarlo con sus firmas.

b) Que entre los testigos haya dos ó más vecinos del lugar.

c) Que asistan seis testigos cuando entre ellos haya solo un vecino.

d) Que después de leida cada cláusula de la memoria, exprese el testador si esa es su voluntad.

e) Que al fin de la memoria firme el testador ó por él un testigo testamentario cuando no pueda ó no sepa escribir; y que firmen los testigos por sí, ó unos por otros ó personas distintas á ruego de ellos.

f) Que de los testigos testamentarios, tres cuando menos sepan escribir y firmen la memoria.

3.ª *Del testamento cerrado.*

Las solemnidades para el testamento cerrado son:

a) Que el testador exprese delante del Escribano y siete testigos, que el pliego cerrado que entrega contiene su testamento y última voluntad.

b) Que los testigos sean dos, á lo menos, vecinos del lugar, y que todos vean y oigan al testador cuando entregue el pliego.

c) Que en el sobre de ella firme el testador ó por él un testigo.

d) Que suscriban á continuación los siete testigos; y si alguno no sabe hacerlo, que otro lo haga por él.

e) Que el Escribano autorice las firmas y dé fe del acto.

4.ª *De los testamentos otorgados por ciegos ó mudos.*

Respecto de los testamentos de los ciegos y mudos, dis-

pone el Código que comparamos que en el testamento del ciego debe intervenir un testigo más de los que se requieren para el testamento abierto; que el ciego y el que no sepa escribir no pueden hacer testamento cerrado; y por último, que el que no pueda hablar, pero sí escribir, sólo hará testamento cerrado, escrito, fechado y firmado de su propia mano.

5.ª *De los testigos testamentarios.*

Para terminar este apartado, y ya que el Código patrio incluye en él las disposiciones que regulan la facultad para ser testigo en los testamentos, mencionaremos también quiénes tienen esta facultad según el derecho guatemalteco.

Pueden ser testigos en los testamentos todos aquellos á quienes no se les prohíbe (art. 792).

No pueden ser testigos testamentarios (art. 793):

1.º Los menores de diez y ocho años.

2.º Los herederos y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó del segundo de afinidad.

3.º Los que no están en su sano juicio.

4.º El albacea y el legatario en los testamentos en que son instituídos.

5.º Los acreedores cuando en el testamento se les reconozca el crédito y no tengan para justificarle otra prueba que no sea bastante y distinta de la declaración testamentaria.

6.º Los ciegos y los que no entienden el idioma del testador.

7.º Los totalmente sordos ó mudos.

8.º Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

IV. *De los testamentos especiales.* — Como tales comprende el Código de Guatemala el del militar y demás individuos pertenecientes al Ejército que se hallen en campaña, aza sitiada ó prisiones en poder del enemigo, el del nave-nte, el hecho en país extranjero, el del preso y el testa-ento otorgado en población incomunicada por motivo de idemia.

Además de la diferencia que á primera vista se nota en el número de testamentos especiales que en Guatemala existen, y los que hay en España, examinando el Código de la primera Nación citada se observa que todos ellos se hallan comprendidos en un solo capítulo ó sección que denomina «Fórmulas particulares de ciertos testamentos», á diferencia del Código patrio, que dedica una sección á cada clase de testamento especial.

1.° *Del testamento militar.*

Los militares y demás individuos pertenecientes al Ejército, que se hallen en campaña, en plaza sitiada, ó prisiones en poder del enemigo, podrán otorgar testamento cerrado ó abierto ante un Jefe ó ante un Oficial de la clase de Capitán y en presencia de dos testigos.

2.° *Del testamento marítimo.*

Los navegantes pueden asimismo testar ante el Capitán ó ante quien tuviese el mando del buque y en presencia de dos testigos.

3.° *Del testamento en lugar incomunicado por epidemia.*

Los que se hallen en un lugar incomunicado por motivo de epidemia, podrán testar ante el Juez local y en presencia de dos testigos.

4.° *Disposiciones comunes á las formas testamentarias precedentes.*

Los testamentos de que hablan los tres artículos anteriores sólo son válidos si el testador muere durante la situación á quien dichos artículos se refieren, ó dentro de los treinta días posteriores á la cesación de ella.

En el testamento hecho en el mar, es nula toda disposición á favor de cualquiera persona que ejerza autoridad á bordo, á no ser que sea pariente del testador dentro del cuarto grado.

5.° *Del testamento hecho en país extranjero.*

Valdrá el testamento que un guatemalteco hiciere en

país extranjero, cuando se otorgue ante el agente diplomático, ó á su falta, ante el agente consular de Guatemala, observándose en cuanto al número de testigos y demás solemnidades, las disposiciones de este Código.

Valdrá también cuando se otorgue en la forma que establezcan y ante quien determinen las leyes del país en que se halla el testador.

6.° *Del testamento otorgado por un preso.*

Si el testador se halla preso, podrá, en caso de necesidad, otorgar su testamento ante el Jefe de la prisión, pudiendo ser testigos, á falta de otros, los detenidos ó presos, con tal que no sean inhábiles por otras causas. En este testamento es nula cualquiera disposición á favor de los que tienen autoridad en la prisión, á menos que sean parientes del testador dentro del cuarto grado.

En todo caso deberá firmarse el testamento por el testador, por la persona ante quien se otorga y por los testigos. Si el testador ó algún testigo no pudiese escribir, firmará otro por él; pero de modo que nunca haya en el testamento menos de tres firmas de diferentes personas.

V. *De la revocación de los testamentos.*—Pequeña diferencia existe en este punto entre ambos Códigos, pudiendo limitarse á que el de Guatemala comprende en este capítulo las causas de caducidad de los testamentos, mencionando entre ellas algunas otras que, cual la de ser nulo el testamento hecho por fuerza, coloca el nuestro en el capítulo titulado: *De los testamentos en general.*

Por lo demás, puede el testador revocar en todo tiempo sus disposiciones testamentarias.

Todo testamento queda derogado por el otorgamiento de otro posterior, aunque no contenga cláusula derogatoria expresa.

Por último, dispone el Código guatemalteco que cuando por suponerse muerto el heredero instituído en un testamento anterior, se ha otorgado otro después, dando expresamente

por causa esa suposición, valdrá el primer testamento, y se reputará el segundo como no otorgado, si se descubre ser falsa la muerte del heredero.

MÉJICO

DE LAS SUCESIONES

Libro IV.—Títulos I, II y III.—Artículos 3.364 al 3.385, 3.412 al 3.422, 3.665 al 3.674 y 3.750 al 3.839.

Título I: Disposiciones preliminares (artículos 3.364 al 3.383).—Título II.—Capítulo I: De los testamentos en general (artículos 3.374 al 3.385).—Capítulo III: De la capacidad para testar (artículos 3.412 al 3.422).—Capítulo X: De la revocación de los testamentos (artículos 3.665 al 3.674).—Título III: De la forma de los testamentos.—Capítulo I: Disposiciones generales (artículos 3.750 al 3.767).—Capítulo II: Del testamento público abierto (artículos 3.768 al 3.774). Capítulo III: Del testamento público cerrado (artículos 3.775 al 3.803).—Capítulo IV: Del testamento privado (artículos 3.804 al 3.815).—Capítulo V: Del testamento militar (artículos 3.817 al 3.823).—Capítulo VI: Del testamento marítimo (artículos 3.824 al 3.833).—Capítulo VII: Del testamento en país extranjero (artículos 3.834 al 3.839).

I. *Disposiciones preliminares.*—Como el Código de Guatemala, el de Méjico, en sus disposiciones preliminares, incluye el caso de que si el autor de la herencia y sus herederos y legatarios pereciesen en el mismo desastre, sin que se pueda averiguar quiénes murieron antes, se les reputará muertos al mismo tiempo.

Por lo demás, el contenido del mejicano, en sus disposiciones preliminares, es en un todo equivalente al español, y aun algunos artículos, como los 3.365 y 3.366, son exactamente iguales.

Dicen estos últimos que la sucesión se defiere por la voluntad del hombre ó por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, la segunda legítima.

Puede también deferirse la herencia de una misma per-

sona, en una parte por la voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley.

II. *De los testamentos.*—Exactamente iguales, hasta en las palabras, son las definiciones que del testamento dan los Códigos mejicano y español.

Al igual que este último, no admite el primero el testamento mancomunado ni el testamento por poder.

En todo este capítulo no se observa entre ambos cuerpos legales ni la más pequeña diferencia de fondo y muy poca de forma.

Solamente en el orden expositivo se nota alguna alteración, pues el Código mejicano declara la nulidad de los testamentos otorgados con dolo, violencia ó fraude en el *capítulo X*, referente á la nulidad y revocación de los testamentos, y no en el *De los testamentos en general*, como hace el de la Península.

III. *De la capacidad para testar.*—Dice el Código mejicano que la ley sólo reconoce capacidad para testar á las personas que tienen:

1.° Perfecto conocimiento del acto.

2.° Perfecta libertad al ejecutarlo, esto es, exenta de toda intimidación y de toda influencia moral.

Como consecuencia de lo dicho y por falta del primero de los requisitos mencionados, considera incapaces de testar:

1.° Al varón menor de catorce años y á la mujer menor de doce, y

2.° Al que habitual ó accidentalmente se encuentre en estado de enajenación mental, mientras dure el impedimento.

Por falta del segundo de los requisitos arriba citados, la ley mejicana considera incapaces de testar á los que al ejecutarlo obran bajo la influencia de amenazas contra su vida, libertad, su honra ó sus bienes, ó contra la vida, libertad, honra ó bienes de su cónyuge ó de sus parientes en cualquier grado.

Respecto de la capacidad para testar del enajenado, de-

clara que el testamento hecho antes de la enajenación mental, es válido, y que también lo es el hecho por un demente en un intervalo lúcido, con tal que se observen determinadas prescripciones, que por ser en un todo iguales á las establecidas para este caso en el Código de Guatemala, nos creemos dispensados de repetir en este lugar.

IV. *De la forma de los testamentos.*—El Código de Méjico clasifica los testamentos en cuanto á su forma en públicos y privados.

El testamento público puede ser abierto ó cerrado; el testamento privado sólo puede ser abierto, excepto en los casos de guerra.

Entiende el Código mejicano por testamento público el que se otorga ante Notario y testigos idóneos y se extiende en papel del sello correspondiente.

Y por privado el que se otorga ante testigos idóneos, sin intervención de Notario, pudiendo extenderse ó no en papel sellado.

El concepto que este Código da del testamento abierto y cerrado es en un todo igual al que nuestro derecho expresa.

También se presentan en un todo conformes ambos Códigos al exponer quiénes no pueden ser testigos en los testamentos, en la obligación de identificar al testador, y en lo referente á las solemnidades que han de concurrir en el otorgado por un extranjero que no conozca el idioma.

Solamente se diferencian los dichos Códigos, en este punto, en que el mejicano dedica algunos artículos á evitar falsificaciones, dictando disposiciones tales como la de los artículos 3.764, 3.765 y 3.766.

1.° *De los testamentos públicos abierto y cerrado.*—Con pequeñas excepciones, existe en estos capítulos conformidad absoluta entre los Códigos mejicano y español. Preséntase una diferencia, y es que en el testamento abierto, y en el caso de que el testador no sepa firmar, firmará por él un nuevo

testigo, y sólo en caso urgente firmará alguno de los que con su presencia autorizan el testamento.

Para el testamento público cerrado dispone exactamente lo mismo el Código mejicano.

Del testamento privado.—El Código que venimos comparando ha tenido en cuenta, al establecer esta clase de testamento, los casos extremos en que por alguna circunstancia inexcusable no sea posible otorgar ninguna de las dos clases de testamento público.

En efecto: solamente es permitido el testamento privado en los siguientes casos:

1.° Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta, que amenace su vida de un modo inminente.

2.° Cuando se otorga en una población que está incomunicada por razón de epidemia, aunque el testador no se halle atacado de ella.

3.° Cuando se otorga en una plaza sitiada.

4.° Cuando en el lugar no hay Notario ni Juez.

Como consecuencia de las circunstancias que rodean á los que otorguen esta clase de testamentos, el Código mejicano disminuye los requisitos que han de concurrir en las demás disposiciones de última voluntad, llegando hasta el extremo de disponer en su art. 3.806 que no será necesario redactar por escrito el testamento, cuando ninguno de los testigos sepa escribir y en los casos de suma urgencia.

Como es natural, el testamento privado sólo surtirá efecto si el testador fallece de la enfermedad, ó en el peligro en que se hallaba, ó dentro de un mes después que aquélla ó éste hayan cesado, y aun así, necesita para su validez que se eleve á escritura pública por declaración judicial.

2.° *Del testamento militar.*—Algunos menos requisitos exige el Código de Méjico que el español para esta clase de testamentos.

En efecto: requiere el Código español que el testamento ha de otorgar ante el Comisario de guerra ó un Jefe que

tenga por lo menos la categoría de Capitán; y sólo en el caso de hallarse el testador en un destacamento se puede otorgar ante el superior, sea cualquiera su graduación.

Aunque en caso de asalto puede otorgarse de palabra ante dos testigos, no será válido si no se formaliza después por los testigos ante el Comisario de guerra.

En cambio, el Código mejicano sólo exige para el privado la presencia de dos testigos, ó que ante los mismos presente el pliego cerrado que contenga su disposición, escrita y firmada, ó por lo menos firmada de su puño y letra.

Para el testamento cerrado, los testigos firmarán en la cubierta, haciéndolo el testador si pudiere.

3.° *Del testamento marítimo y del hecho en país extranjero.*—El Código mejicano admite el testamento marítimo en las mismas circunstancias que el español, exceptuando, como es natural, el caso del testamento ológrafo, que, como ya sabemos, no lo tolera la legislación de Méjico.

El testamento hecho en país extranjero ante el Cónsul ó Embajador, lo admiten por igual los dos Códigos que venimos comparando, pero no ocurre lo mismo con los testamentos hechos en país extranjero con arreglo á las leyes del país en que se otorgaron, por cuanto el Código mejicano declara que los testamentos hechos en país extranjero y con arreglo á las leyes del país donde se otorgó no producirán efecto en el Estado.

V. *De la revocación de los testamentos.*—Excepto el caso prevenido por el Código patrio en su art. 742, y lo expuesto por el mejicano en su art. 3.669, en lo demás son en un todo iguales ambos cuerpos legales.

El art. 3.669 del Código de Méjico dispone que ni por cambio de estado del testador, ni por la superveniencia de hijos, puede revocar el testamento, si bien éstos últimos pueden ejercer los derechos que respecto de la legítima les corresponden.

CÓDIGO CIVIL

LIBRO TERCERO

TÍTULO III

De las sucesiones.

DISPOSICIONES GENERALES

Responde perfectamente el encabezado de este título III, en su enlace y dependencia lógica, al sentido que encierra el epígrafe del libro también III, del que es uno de sus títulos el ya referido. La sucesión, no sólo es un modo de adquirir la propiedad, sino quizá el de mayor importancia entre todos los que enumera el artículo 609 del presente Código.

Como palabra de más amplio significado, úsase la de *sucesiones* que también es más propia para denotar el hecho general de la transmisión de derechos y obligaciones que implica la muerte de una persona. De › modo queda el término de *herencia* para significar el conjunto de dichos derechos y obligaciones, abar-ıdo, pues, el primero tanto los testamentos como las

sucesiones legítimas, que más acertadamente deben llamarse *ab-intestato* ó intestadas.

Las sucesiones ó el derecho hereditario representan, pues, la institución jurídica, el *modo* de adquirir el dominio, por virtud de los que se nos transmite la herencia de una persona, ya según la voluntad y palabras expresas de aquélla, ó ya mediante una voluntad presunta del que no fué testador por diversas circunstancias naturales ó accidentales, y á quien sustituye y suple la persona del legislador, disponiendo en forma análoga á como lo haría el primero. A estos sencillos términos creemos que puede quedar reducida la explicación de la tecnología con que primeramente nos encontramos al comienzo del título encargado de regular el derecho hereditario.

Y decíamos antes que la sucesión era entre los modos de adquirir el dominio el de mayor importancia, porque lo normal en él es que indique la total transmisión del patrimonio del difunto, no sólo en lo que implica derecho, sino también gravámenes, deudas, obligaciones, el pasivo, en una palabra, del testador. Es, pues, por excelencia tal forma de comunicársenos la propiedad, un modo universal de adquisición de la misma, *universum ius,* como decían los romanos. El donante no puede hacer una total transmisión de su fortuna; la compraventa no significa más que un acto entre vivos de cesión onerosa del haber de una persona, con lo que se subviene á una exigencia social del cambio de productos, que parcialmente se cumple; el censo, la ocupación, la creación intelectual, como dice algún autor, refiérense sólo á aspectos determinados y limitados de la misma vida social, parte de cuyas varias

necesidades satisfacen. El heredero recibe del testador todo lo que no es puramente personal de éste, y, por tanto, transmisible; se hace solidario, no solamente de lo que el difunto, en la relación económica con la naturaleza percibió, sino también lo que dejó de percibir, es decir, su activo y su pasivo; hereda, pues, donaciones, contratos, beneficios introducidos en favor del primero, como también gravámenes, que ha de tolerar y respetar, como si él mismo los hubiera establecido. Es decir, con la muerte de una persona quedan abandonados los bienes y derechos á los que es preciso asignar sujeto que, respecto de ellos, continúe la anterior relación de derecho pendiente; la totalidad de la vida jurídica que representaba el difunto, va á continuarla, con la propia extensión con que éste lo hacía, su sucesor. Por esto, en el derecho romano, con uno de sus muchos gráficos simbolismos, se suponía que el heredero era la máscara del testador, para expresar materialmente cuán completa era la sustitución que éste experimentaba después de su fallecimiento.

La sucesión representa una verdadera donación forzosa hecha por el testador (testamento), ó en su nombre, por la ley (sucesión intestada), de todo el patrimonio de una persona y en favor de determinados individuos. Y decimos lo de donación forzosa, porque al testador se le obliga á expresar su última voluntad con sujeción á ciertas reglas, ya que en otro caso la ley dispondrá de su herencia en favor también de personas que se señalan, como si el primero lo hiciera, y con la propia eficacia obligatoria con que un propietario dispone libremente de sus cosas.

El interés social así lo tiene establecido, con

acuerdo digno de fijarse, al estudiar el problema de la legitimidad de las sucesiones como medio de transmisión del dominio, y, en una ú otra forma, desde los más antiguos tiempos, se reconoció y aplicó el enunciado principio como expresión de una idea no peculiar de determinado grado de cultura ni de ciertos países ó épocas. Fuese la familia, la tribu, el *clan* ú ótra cualquier agrupación social ó aun cualquier individuo de la sociedad, siempre en estas entidades recayó, mediante unas ú otras solemnidades, según estos ó los otros principios de organización política, la facultad que el dueño de sus bienes ejercita en favor de los que han de sobrevivirle. Y cuando la ley escrita llegó á formularse, la misma se encargó de reducir á forma visible el indicado principio, para que entonces ya recibiera éste una nueva confirmación de su verdad y exactitud en la Filosofía y en la Historia.

Como tal principio, en su fundamental concepto, está conforme con las nociones del común sentir en toda clase de épocas y se halla ligado con la idea que informa actualmente el derecho de propiedad individual, hasta el punto de que ésta no se comprendiera, como decía Thiers, sino á condición de ser «completa, personal y hereditaria». Y sería ilusorio é inocente el afán legítimo de lucro y aumento de su fortuna, que todo propietario persigue, como signo distintivo de la naturáleza humana, que por lo mismo no podemos considerar el derecho hereditario como nacido de la ley civil.

Aparte de las comprobaciones históricas que los tratadistas hacen de testamentos redactados con bastante anterioridad á la existencia de leyes escritas, ni cono-

cemos ninguna legislación que declarase bienes *nullius* los dejados á su muerte por ninguna persona ó les atribuyese condición de mostrencos, ni, aun en los tiempos modernos, los Códigos más inspirados en los progresos jurídicos y más prontos á adoptar las últimas evoluciones sociales y copiar las nociones más atrevidas de la ciencia, se decidieron á romper con lo tradicional del principio en que se basa el derecho hereditario. Y no podía ser de otro modo, porque si la propiedad quedara sujeta á trabas, en el libre disfrute, que rebasasen los límites exigidos por la conveniencia social, no tendría de tal propiedad más que las apariencias de una ilusión. El propietario no solamente es dueño de las cosas en el estado en que originariamente las adquiere, sino en las accesiones, aumentos, desenvolvimientos, creaciones, etc., á que den lugar los que, en la gran mayoría de los casos, se descubren y producen después de faltar la persona de dicho propietario. El testador, ó la ley en su sustitución, por otra parte, al disponer, para después de la muerte de aquél, de su fortuna, ejercitan, no sólo las atribuciones que tiene un donante *inter vivos*, sino también actos de previsión, estatuyen anticipadas disposiciones y reglas de organización familiar y aun las relativas á otros círculos sociales, con el pretexto de la distribución económica de su haber, para después que desaparezca de este mundo.

El poder que representa la facultad de testar en un testador no es tanto la libre disposición de sus bienes, como la soberanía que ejerce, en nombre de altísimas nsideraciones de orden moral y social, dejando ordedo para cuando fallezca, el régimen económico, políc o, industrial, artístico, etc., de la familia, cuya

existencia y prosperidad desearía que continuase como en vida del mismo, y, siendo posible, dando lugar á que se engrandezcan hasta el mayor límite factible.

Si no es casado el testador, al establecer el reparto de su haber hereditario, pensará en las afinidades sociales que contrajo, intereses que creó, empresas diversas en que tomó parte, para que la muerte, con su fatalista é irremediable presencia, no destruya con golpe violento é impensado, tantas adquisiciones conseguidas, la mayor parte de las veces á fuerza de gigantescos esfuerzos y privaciones del ahorro, quizá no comprensibles ni frecuentes, si el propietario tuviese en este mundo la seguridad de que el dominio y disfrute de su fortuna habrían de tener la limitada duración de su vida terrena.

Hay, pues, un más allá en los horizontes del mundo visible, como existe también la creencia indudable de que nuestros trabajos, nuestras creaciones, hasta nuestros mandatos y consejos han de utilizarse, respetarse y bendecirse, aun después que desaparezcamos de la tierra, perpetuándose la memoria de nuestro nombre, en tal forma, por todo el tiempo que las señales exteriores de la actividad duren y sean conocidas. Así, y sólo así, tienen cumplida y consoladora explicación las frases cariñosas del padre ó madre que, pensando en el presente y en el porvenir, y no confiando al azar el uso inmoderado de su peculio, sino haciendo que el ahorro inspire todos los actos de la familia, exclaman: «para nuestros hijos el día de mañana»; así, el inventor asegura la fama de su inteligencia, en la convicción de que lo por él descubierto continuará llevando su nombre y rindiendo sus utilidades á los que le sobrevivan.

y solamente él designe como garantía segura de que la conquista adquirida para la Ciencia y el Arte no ha de destruirse ni olvidarse; así también el industrial que emprende un complejo y atrevido negocio, por él sólo concebido y comprendido, tiene, en la facultad de disponer de sus bienes *mortis causa,* la prenda cierta é indefectible de que sus afanes para después que deje de existir, no han de quedar infructuosos y baldíos, encomendando la continuación de la empresa á persona ó personas cuyas dotes él reconozca como más á propósito para que no se malogre lo conseguido después de desembolsos, trabajo y crédito difícil de recuperar, si se pierde, y con arreglo también á las disposiciones que él escriba en su testamento ó que la ley supletoriamente determine.

Fundamentando la facultad de testar, se entiende que lo hacemos al propio tiempo de la reserva que la ley se abroga, con el indicado objeto, para en el caso de que no haya disposición testamentaria; porque, repetimos, si el derecho natural no hubiera establecido la primera forma de sucesión y más comprensible, la ley escrita no hubiera regulado, en forma sustitutoria ó supletoria, la facultad de hacer testamento por el que dejó de hacerlo. De modo que los mismos razonamientos que justifican la institución jurídica del testamento comprueban la de la sucesión intestada. Por esto dice muy bien el afamado jurisconsulto italiano C. F. Gabba, en su curiosa monografía «*Essai sur la veritable origine du droit de sucession*» (Memoria premiada por la ...demia Real de Bélgica), que la sucesión *abintestato* ... sido considerada en todos tiempos por los escritores ... derecho filosófico como un testamento presunto, en-

contrándose de acuerdo, desde este punto de vista, Heinecio, Wolf, M. Bigot-Preameneu y M. Troplong, pues el papel subordinado que se asignó á la referida sucesión, al lado de la voluntaria ó testamentaria, parece sugerir, naturalmente, la idea de que la una reemplaza á la otra, imitándola y siguiendo precisamente el deseo del difunto, de tal modo, que pueda ser razonablemente supuesto, en ausencia de una declaración expresa por su parte.

Añade también el publicista Gabba que el derecho de sucesión no tiene verdaderamente otra base en las legislaciones modernas que la voluntad declarada ó presunta de los que fallecen, no mezclándose la ley en tal particular, más que para inspirarse en los deseos de los propietarios y asegurar su más equitativo cumplimiento.

El derecho hereditario, según se desprende de una consideración que anteriormente hemos expuesto, pertenece á la clase de relaciones jurídicas necesarias, que dice el jurisconsulto Sr. Comas en su Proyecto de Código civil, presentado como enmienda en el Senado al proyecto que el Gobierno formuló en 1885. Expresa, como afirma dicho insigne Profesor, el hecho jurídico de la sucesión, una necesidad social, y con tanta mayor fuerza cuanto que ni siquiera al derecho en su esfera pública corresponde determinar el suceso originario, sino sólo acoger también como una necesidad suya un suceso de la vida que fatalmente se le impone, como es el de la muerte. Como ésta es fatal é indefectible, es preciso prevenir forzosamente las contingencias que pueda producir, no dándose lugar á que el vínculo jurídico de una persona, en lo que se refiere á

su haber, quede bruscamente interrumpido ó roto, ni dejando en abandono bienes cuya condición, de otra suerte, sería más difícil determinar después.

El testador testa voluntariamente, es verdad; pero si él no lo hace, otra especie de testamento, digámoslo así, del haber hereditario por aquél relicto, ha de existir necesariamente. Diferénciase así el orden sucesorio de otros jurídicos, porque, por ejemplo, nadie está obligado, en general, á contratar; ni por el hecho de dejar de hacerlo las personas, viene la ley en su auxilio y sustitución, ya que ningún motivo de índole social ó jurídica perentoriamente lo exige. En cierto modo, pues, las sucesiones, aunque reguladas muy propiamente por el Derecho privado, tienen alguna conexión con el carácter de las instituciones del Derecho público; lo que, con más evidencia, se observaba en los primeros tiempos dė la legislación romana, aunque por distintas razones de la que apuntamos.

En la esfera de nuestro Derecho positivo español, por lo menos, ha quedado ya terminada la cuestión tan debatida por los tratadistas, sobre si la sucesión es derecho real ó modo de adquirir la propiedad. El art. 609 del presente Código, terminantemente sostiene lo último, y el epígrafe del tít. III en que nos encontramos coloca en segundo lugar el segundo de los modos de adquirir enumerados en el expresado precepto, según ya tenemos dicho. Aprobamos tal criterio, el cual, además, confirma con su autoridad la mayoría de los jurisconsultos, tratadistas del Derecho civil y legislaciones extranjeras.

La regulación y modalidades del derecho hereditario obedeció siempre, en la historia jurídica, á la ma-

nera como se entendían conceptos sociales con él concordantes. Se ha distribuído la herencia; se ha regulado la capacidad del testador; se han prescrito las solemnidades en los testamentos; se ha interpretado la voluntad de aquél en las sucesiones intestadas, con arreglo á la noción que en cada época se atribuía á la familia, á la tribu, á la Nación, al Estado; hasta el punto de que la más ligera modificación que el concepto de éstos experimentaba, se traslucía inmediatamente en la aparición de reglas y principios diversos para la delación del haber hereditario.

Ningún pueblo como el romano ni legislación como la suya comprueban mejor la exactitud de esta observación. Según la manera de hacer el testamento, en el principio de aquel Derecho *(in calatis comitiis)*, nadie más que el ciudadano romano estaba investido de esta facultad, porque se consideraba la sucesión como cosa de Derecho público, y un extranjero *(hostis)* era tan incapaz en el suelo de Roma para testar, como lo era entonces y lo es hoy entre nosotros el completamente loco.

Desaparecieron los férreos principios de la conquista, que tan material y exclusivo hicieron el organismo jurídico, y los rigores de la ley fueron dulcificándose al compás de aquel hermoso derecho honorario, que era entonces la traducción más aproximada del *quod natura omnia animalia docuit*. Las fórmulas del testamento *per aes et libram*, del hecho ante siete testigos y con la suscripción de los mismos, del de ascendientes y descendientes y de otros adaptables á las diversas circunstancias en que el hombre podía encontrarse al tratar de manifestar su voluntad póstuma, colocaron ya la insti-

tución sucesoria en la esfera de uno de tantos actos civiles que, como indeclinable consecuencia del dominio, ejercita el propietario al disponer de sus bienes para después de la muerte. Y en cuanto al fondo de la institución necesaria, la distribución de la herencia por el hombre ó por el legislador, considerada la familia en un principio como la más esencial agrupación social, base y punto de partida de todas las demás, no podía tender más que á afianzar los lazos familiares por el yugo económico de la transmisión del haber hereditario, á quien, más como jefe supremo de la familia que con otro carácter, había de representar la autoridad y poder del difunto ante los mismos sometidos á la potestad de éste; en cambio, la desaparición de una persona *alieni iuris*, dependiente de ajena potestad, no alteraba para nada el estado de derecho creado con anterioridad, puesto que no se reconocía capacidad para disponer, según la legislación romana, á quien nada tenía, ni nada podía adquirir, por vedárselo su estado civil de sumisión completa al que, en nombre de él y por él, adquiría y transmitía. No importaba, pues, para el objeto que explicamos, el que desapareciese un individuo; lo que interesaba era no hacer tan sensible la falta del que daba nombre, poder y representación á la familia. El principio de que nadie podía morir, parte testado y parte intestado, á igual objeto tendía, á hacer indivisible el patrimonio familiar y á que el carácter de universalidad de la herencia imperase como símbolo la integridad de la familia, á pesar de la sustitución sus jefes. La diferencia entre los parentescos de nación y cognación en la sucesión *ab-intestato* romana, rogados por la *Novela 118* de Justiniano, se estable-

ció asimismo con la tendencia de favorecer los vínculos de la sangre, preferentemente á los civiles.

En correlación con el concepto más ó menos amplio y extensivo que se tenía del Estado en las diferentes épocas de la historia, se limitó ó amplió, del propio modo, el derecho de suceder, fuera de determinadas líneas, por el Fisco, considerando en un caso concluída la esfera familiar después de salvados ciertos límites de parentesco, más allá de los cuales entraba á heredar como persona jurídica, la Nación, antes que declarar *nullius* los bienes hereditarios; y creyendo, en el otro caso, digno de preferencia en la sucesión al más lejano pariente, mientras sobreviviera al difunto, á todo otro ente jurídico extraño. En tiempos en que el Monarca ó Jefe del Estado asumía con poder exclusivo y personal toda la autoridad suma de que podía gozar la majestad, las herencias vacantes por falta de parientes pasaban al primero y no al Estado; hasta que fueron claramente deslindados los peculios de la Nación y del Monarca y mejor comprendidas las funciones políticas de una y otro.

La institución de las legítimas y de las mejoras presupone de igual manera un concepto de la familia diverso del que mantienen los partidarios del principio de la libertad de testar, pues parten las primeras de la idea de que la propiedad relicta por cualquier miembro de la familia corresponde forzosa y obligatoriamente, dentro de mayores ó más reducidos límites, á los individuos de aquélla que sobreviven; y piensan los segundos que el haber sucesorio es plena y libremente de quien lo ha adquirido en vida. Y no porque los unos precisamente invoquen, con razón, la indestructibi-

lidad de los lazos familiares, los que creen asegurar señalando al testador restricciones y trabas que le imposibiliten para romper aquéllos; y que los segundos duden de que un padre ó un hijo, por el hecho de la absoluta disponibilidad de que debe gozar en cuanto á sus bienes se refiere, va á desconocer ni á quebrantar respetos, compromisos ni intereses que, más que en la ley, deben de estar en su corazón; sino porque la concepción del organismo familiar, según los primeros partidarios, hace de los miembros de aquél copropietarios, en cierto modo, de los diferentes peculios, al ser éstos relictos en testamento y que en vida corresponden á cada uno en particular; y por la otra opinión, el ascendiente, descendiente ó colateral, disponen de sus bienes *mortis causa,* considerando los individuos de la familia como unos de tantos posibles herederos, que adquirirán la condición de tales por voluntarios y espontáneos impulsos del testador.

Nadie más que él interesado en robustecer los vínculos familiares, pero según propio y personal arbitrio y no por el obligado patrón, simétrico y constante para toda la variedad de casos posibles en la vida, que quiere indicarle la ley, la cual entonces convierte la institución familiar en algo material, mecánico y rutinario, no accesible á la gradación de los influjos que la diversidad de afectos, necesidades, exigencias sociales, carácter de los sobrevivientes al testador, apoyos recíprocos que los unos puedan prestarse á los ··tros y otras innumerables circunstancias, producen n la manera de ser de cada familia.

Y viniendo principalmente ya á los modernos tiem- ›s, las mismas escuelas, individualista y socialista,

en el capítulo de su programa referente al derecho de sucesión, ¡cuán opuestas no formulan sus conclusiones sobre el particular de que tratamos!

Desde los que predican la desaparición de la herencia, considerando que no hay otra familia que la gran comunión social, de la que todos debemos ser miembros é igualmente partícipes de sus cargas y derechos; los que quieren abolir la sucesión *ab-intestato*, por lo menos en favor de los parientes, haciendo que todas las herencias vacantes por falta de testamento vayan á poder del Estado; los que se adhieren al principio de la libertad de testar para contrarrestar la fuerte tendencia á restringir las libres prerrogativas individuales, haciendo del individuo simple átomo en la gran masa social, hasta los que no quisieran ver adjudicar el haber hereditario, ya mediante testamento ó por virtud de la ley, más que á los unidos por vínculos próximos de parentesco, para que la familia, de esta suerte, según creen, fuerte y unida, contrarrestase el exceso de atomismo que hoy se nota, símbolo triste de una disgregación de fuerzas y agotamiento, por tanto, de energías desconsoladoras y temibles, hay margen suficiente para los criterios y opiniones de todos los pensadores.

Si no tuviera más apropiado lugar el detallado desarrollo de las expuestas observaciones, á la ligera solamente enunciadas, muy á nuestra satisfacción haríamos ver cuán frecuentemente las legislaciones modernas y aun las antiguas rectifican lo establecido poco antes, principalmente en lo que tiene relación con las doctrinas de la libertad de testar, legítimas y mejoras; señal indudable de una instabilidad de opiniones que, según su influencia en cada período histórico, así

hacen sentir su correlativo predominio en el derecho escrito.

Como consideración general pertinente entre estas observaciones preliminares, debemos decir que nuestro Código civil ha respetado en gran parte del derecho hereditario, las tradicionales reglas romanas, que fueron más tarde transcritas en el Derecho español antiguo, si bien acentuó algo bastante más que éste, la tendencia á dar al testador mayores facilidades para transmitir sus bienes *mortis causa,* según el grado de sus afecciones é intereses, aunque manteniendo por virtud de un permanente principio de desconfianza un como contrapeso ó garantía que aseguren los derechos de los que se consideran sucesores forzosos del difunto.

En diversos capítulos de este título tercero habremos de comprobar la radical transformación que en determinadas materias de sucesión introdujo el Derecho español anteriormente en vigor con respecto á la legislación romana, y cuán mejor comprendidos se hallan hoy los conceptos jurídicos de la institución familiar y de la significación del hecho de la muerte de una persona y su reemplazo por el que ó los que han de continuar en el disfrute de su peculio. Queda aún mucho que innovar y bastantes preocupaciones rutinarias que destruir; pero confiamos en que la corriente de ideas y enseñanzas que la invencible realidad va cada día mostrando con mayor relieve, sobrepuje obstáculos á los que todavía se conceden respetos y miramientos, y haga renacer principios por que suspiran los nantes y defensores, nunca tibios ni arrepentidos, del nculo familiar y de las soluciones justas más confores con las reglas del Derecho y de la Moral.

Como preliminar necesario é importante, enuncia el Código en esta primera sección de disposiciones generales sobre las sucesiones, antes de regular las dos formas de suceder *mortis causa*, testada é intestada, unos cuantos principios fundamentales, comunes á dichas dos formas y precisos aunque no fuera más que para conocer el tecnicismo que después ha de emplearse con mucha frecuencia y para formular definiciones con que las reglas lógicas aconsejan dar comienzo siempre al estudio ó desarrollo de cualquier cuestión, y más siendo tan compleja y transcendental como lo es la del derecho hereditario.

ART. 657. Los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.

Concordancias.—Análogo al art. 550 del proyecto de Código de 1851 y al 656 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El artículo anotado sienta, por decirlo así, el principio básico, fundamental, sobre que gira todo el tratado de sucesiones. En él está comprendida toda la doctrina general, cuyo desarrollo forma el objeto de los cuatrocientos veintinueve artículos subsiguientes. Así debe comenzar á hablarse del derecho sucesorio, el cual sólo entra en acción después que ocurre la muerte de un individuo ó algo que á ella se le parezca, según luego diremos.

Si no fuera porque venimos siguiendo desde un principio el método exegético en la exposición del Código civil, estudiaríamos ahora juntamente el art. 657 y el 661, según el cual, los herederos suceden al difunto, y por el solo hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones; porque ambos se compenetran

y completan de tal suerte que el uno prefija el hecho y momento de la sucesión, por lo que respecta al testador, y el otro por lo que se refiere al heredero, y ambos señalan un común punto de partida, ó sea el del fallecimiento de una persona. En efecto: según nuuestro Código, en su art. 32, la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas, siendo éste hoy, en realidad, el único medio de extinción de dicha personalidad, pues los demás que señalaba el antiguo Derecho no implican ya más que restricciones de la misma. Desapareció, con aprobación de toda conciencia recta y criterio sano, aquella llamada muerte civil, que llevaba la ficción jurídica hasta un extremo incompatible con los esenciales atributos de la naturaleza humana; y no creemos, como algunos autores, que convendría hacer más explícito el precepto que comentamos, respecto al particular, haciendo que expresase la idea de muerte natural, para evitar dudas. Suponemos que no exista lector alguno que, al enterarse del art. 657, vacile en lo más mínimo, sospechando que la muerte á que aquél se refiere pudiera ser en ningún caso la civil.

Pero ¿es exacta la fraseología que emplea la referida disposición, al enunciar la idea que nosotros y todos seguramente encontrarán encerrada en aquélla? Un heredero extraño, por el hecho solo de la muerte de su derecho-habiente, no adquiere tal condición si antes no la hubiera ya originado, la voluntad del testador: Ni la transmisión de derechos y obligaciones, en su consecuencia, se produce exclusivamente por el hecho de la muerte. Lo propio ha de acontecer con el pariente que herede, en tal concepto, al difunto, pues es indudable que, según nuestro Derecho positivo, desde el momento de nacer adquirió la potencialidad para poder exigir el día de mañana la porción hereditaria que de derecho le pertenece, y la muerte de su causante no determinará, por sí sola, el fundamento de su condición de heredero. Lo cual indica que es preciso distinguir dos momentos esenciales en cuanto al particular: aquel en que tiene origen y raíz la existencia del derecho y aquel otro en que puede hacerse efectivo. A .e último aluden, sin duda alguna, el art. 657 y el 661.

Ahora bien: dichos dos momentos son igualmente necesarios ·nprescindibles, porque el uno sin el otro de nada servirían. mos mencionado ejemplos según los cuales, por el falleci-

miento de una persona únicamente, no se adquieren derechos hereditarios, como éstos de antemano no estén anunciados ó en espectativa. Pero de igual suerte, la circunstancia de hallarse nuestro nombre escrito en un testamento como heredero ó legatario, ó la de ser parientes de una persona que aún vive, no nos da facultad para reclamar la fortuna que á la misma todavía pertenece; porque, no se olvide que estamos continuamente tratando de las que en un principio llamamos donaciones forzosas *mortis causa*.

Por eso nosotros completaríamos el concepto del artículo un poco más ordenadamente, diciendo que los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, y por virtud de actos anteriores de su voluntad, ó de causas también predeterminadas por la ley, ó bien sustituiríamos la enunciada idea por la que expresa algún Código extranjero al decir que la herencia *se abre* una vez ocurrido el fallecimiento del testador.

*
* *

No son solamente los derechos los que se transmiten por la sucesión de una persona, sino también las obligaciones, como así dicen los artículos 659 y 661, al determinar que la herencia comprende todos los bienes, derechos y *obligaciones* de una persona que no se extingan por su muerte, y que los herederos suceden al difunto por el hecho de su muerte en todos sus derechos y *obligaciones*. El art. 1.267 del Código, confirmando también dicha teoría, preceptúa que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y *sus herederos;* salvo, en cuanto á éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles ó por su naturaleza, ó por pacto, ó por disposición de la ley.

Tiene tal importancia el momento de la muerte, á que se refiere nuestro artículo, y la necesidad de determinarlo, que otros Cuerpos legales incluyen entre los preceptos generales en materia de sucesiones, el destinado á prefijar cuál persona se supone que debió haber muerto antes, entre varias llamadas á sucederse, para el caso en que ocurra alguna duda respecto al particular. El Código español coloca tal disposición entre las destinadas á regular las formas de creación y extinción de la

personalidad natural, ordenando que, cuando tal contingencia ocurra, el que sostenga la muerte anterior de una ó de otra persona debe probarla; á falta de prueba se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de una á otra; con lo cual se ha desentendido el legislador patrio de aquellas distinciones, más formalistas que reales, respecto al sexo, la edad, las circunstancias en que sucedió el fallecimiento, etcétera, que algún Código extranjero todavía respeta y á que da capital importancia.

*
* *

Y ¿en ningún caso sucederá que los derechos á la sucesión de una persona se transmitan antes del momento de su muerte? El artículo 193 de nuestro mismo Código nos contesta afirmativamente, pues, según él, declarada firme la sentencia de presunción de muerte, se abrirá la sucesión en los bienes del ausente, procediéndose á su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaría ó *ab-intestato*, según los casos. Pero entonces concurre la misma razón de derecho que tratándose de la muerte real, puesto que es preciso evitar la incertidumbre en la personalidad del ausente por la multitud de derechos que de la existencia ó no de aquélla dependen, y por esto se dictan forzosamente medidas iguales á las que trae consigo el fallecimiento cierto y probado de una persona.

Tan conforme con las prescripciones posteriores resulta la doctrina contenida en nuestro art. 657, según la contextura del derecho hereditario regulado por el Código, que, aun cuando transcurra un plazo largo desde dicho fallecimiento hasta la efectividad plena del derecho sucesorio ó momento en que el heredero entre realmente en el dominio y posesión de los bienes hereditarios, tal circunstancia no impide la aplicación del principio que el expresado artículo contiene, puesto que, según el 989, los efectos de la aceptación y de la repudiación de la herencia se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona á quien se hereda.

La doctrina que exponemos virtualmente está escrita en todo stro antiguo derecho patrio, y, por tanto, en la legislación ana, y principalmente en varias leyes de los *libros 29 y 50 del esto.*

La existencia de instituciones condicionales en los testamentos, ¿contradirá el principio que venimos explicando? De ningún modo, porque las condiciones suspensivas, que son á las que principalmente nos referimos, no niegan el nacimiento del derecho del heredero, una vez ocurrida la muerte del testador, sino que simplemente producen la paralización, la suspensión del ejercicio de tal derecho, que ha tenido su perfecta vida con la disposición testamentaria y con el fallecimiento de quien la otorgó. Por esto, al que en tal caso se encuentra, se le llama *heredero* con condición suspensiva, y, con muy buen acuerdo, el legislador español dispone, en su art. 799, que la condición suspensiva no impide al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus herederos, *aun antes de que se verifique su cumplimiento;* pues aun no cumplida la condición, ya heredaron y tienen que transmitir algo que antes no tenían, á saber, la cualidad de herederos con condición. De aquí que no nos parezca muy exacta la doctrina de los Códigos de Chile y Colombia, los cuales, en sus artículos 955 y 956 y 1.012 y 1.013 respectivamente, expresan que si el llamamiento es condicional, se transmitirá el derecho en el momento de cumplirse la condición, á no ser que consista en no hacer algo que dependa de sólo la voluntad del asignatario, pues en este caso se transmite desde la muerte del testador.

ART. 658. La sucesión se defiere por la voluntad del hombre, manifestada en testamento, y, á falta de éste, por disposición de la ley.

La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima.

Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley.

Concordancias.—Análogo al art. 553 del proyecto de Código de 1851 é igual al 657 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, lib. IV, tit. II, ley 4.ª*—La buena daquellos que mueren que non fazen testamiento ni ante testimonios ni por escripto, los que fueren más propinquos deven aver la buena.

Fuero Real, lib. III, tit. V, ley 3.ª (Novísima Recopilación, libro X, tit. XXII, ley 1.ª)—Si el home que muriere no hobiere parientes ningunos, é ficiere manda de sus cosas, derecho es que se cumpla la manda segun la fizo: é si él no ficiere manda, hayalo todo el Rey.

Ley 14, tit. III, Part. 6.ª — En vna cosa señalada, assi como en viña ó en otra cosa qualquier, establesciendo vn ome á otro por su heredero, si en este mismo testamento, ó en otro que fiziesse despues el testador, non fallassen que el ouiesse otro establescido por su heredero, este atal deue auer todos los bienes del testador: maguer fuesse establescido en vna cosa señalada tan solamente. Pero las mandas del testamento deuelas cumplir, assi como las fallaren y escritas. E si por ventura el testador fiziesse despues otro heredero, estonce aquel que diximos de suso que era establescido en la cosa señalada, deue auer essa tan solamente: e todos los otros bienes deuen fincar al otro que fue despues establescido. Otrosi dezimos, que si dos omes fuessen establescidos por herederos en vn testamento: el vno en vna cosa e el otro en otra señalada, si el fazedor del testamento non departiesse nin mandasse dar á otro los bienes que ouiessen, estos amos los deuen auer todos egualmente: e cada vno dellos deue auer ante aquella cosa en que fue establescido por heredero, pero amos de so vno, son tenudos de responder a las debdas del fazedor del testamento. E si por auentura el testador establesciesse en vna cosa señalada por heredero a vn ome, e a dos ayuntadamente en otra cosa cierta: si non mandasse los otros bienes, deuenlos auer estos herederos partiendolos entre si en esta manera: la meytad a aquel que fue establescido por heredero en la vna cosa: e la otra meytad á los dos que fueron establescidos en la otra, fueras ende si el fazedor del testamento dixesse: que heassen todos egualmente. Pero cada vno destos deue auer adelantada aquella cosa en que fué establescido por heredero.

Ley 1.ª, tit. XIII, Partida 6.ª—*Abintestato* es palabra de latín, quier tanto dezir en romance, como ome que muere sin testamento. E esto puede ser en quatro maneras. La primera es

quando ome muere, e non faze testamento. La segunda es quando faze testamento non cumplido; non guardando la forma, que deuia ser guardada en fazerlo, segun diximos en el título de los testamentos. La tercera es, quando el testador fizo testamento que se rompió por algund fijo que nasció despues; del qual fijo non fizo en miente en el testamento. O si por auentura aquel que fizo el testamento, se dexó despues porfijar a otro, de manera, que passasse a poder de aquel que lo porfijo. La quarta es, quando faze testamento acabado, e establece el heredero en él, e aquel heredero non quiere la heredad desechándola.

Novísima Recopilación, libro X, tít. XVIII, ley 1.ª—.... y mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en cuanto a las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno y entonces herede aquel, que segun derecho y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hiciere testamento, y cúmplase el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas, y en las otras cosas que en él se contienen. Y si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad por heredero, o le legare o mandase alguna cosa para que la de a otro alguno a quien substituyere en la herencia o manda, si el tal heredero o legatario no quisiere aceptar, o renunciare la herencia o el legado, el substituto o substitutos lo puedan haber todo.

COMENTARIO.—La dejación de la fortuna para después de la muerte pueden hacerla, ó el sujeto de derecho por acto de su exclusiva voluntad, ó la ley, que, en tal forma, se convierte en testadora subsidiaria. Lo primero se llama *testamento*, que se define en el artículo 667, «acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes, ó de parte de ellos.» «La segunda forma recibe el nombre de *sucesión legítima*», denominación que ya consideramos como evidentemente impropia para significar con ella la idea que se pretende, y más habiendo una tradicional, genuína y exactísima, como es la de sucesión *ab-intestato* ó sucesión intestada. Quizá sea más sucesión legítima la testada que aquélla, pues el testamento tiene una plena justificación, no sólo en la ley natural, sino también en la civil, y á la sucesión *ab intestato* sólo le ha dado existencia jurídica la última, ó, mejor dicho, la voluntad presunta del finado.

Pero ¿es igualmente exacto, según nuestro derecho positivo, que el testamento sea sólo manifestación de la voluntad del testador, y nada más que esto? ¿No habrá en dicha forma de testar algo de manifestación de la ley, de *sucesión legítima,* al par que de expresión volitiva de una persona? En otros términos: ¿es todo voluntario y disposición suya lo que hace un propietario en su testamento? Desde luego puede contestarse que no, porque la existencia de herederos forzosos da á entender que un propietario, al disponer de sus bienes *mortis causa,* no hace lo que su voluntad quizás resolviera, distribuir aquéllos conforme sus afecciones, sus consideraciones sociales, su conocimiento de las necesidades y posición respectiva de los que le van á suceder, en una palabra, lo que su determinación libre y espontánea, le indicare y decidiese á obrar como hace un dueño, con libérrimo arbitrio, de las cosas de que dispone *inter vivos.* Dichos herederos forzosos, es decir, aquellos en cuyo favor se han introducido las legítimas, no suceden al difunto en testamento por ministerio de la voluntad de aquél, sino por exigencia ineludible de la ley. Así tiene satisfactoria interpretación el art. 763, según el cual, *el que no tuviese herederos forzosos* puede disponer *por testamento* de todos sus bienes ó de parte de ellos en favor de *cualquiera* persona que tenga capacidad para adquirirlos; pero el *que tuviese herederos forzosos sólo podrá disponer* de sus bienes en la forma y con *las limitaciones* que se establecen en la sección que trata de las legítimas, las cuales, en el art. 806, se definen: «porción de bienes de que el testador *no puede disponer,* por haberla reservado la ley á determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos».

Tampoco es muy exacto el primer apartado de nuestro artículo, al decir que la sucesión se defiere por disposición de la ley, á falta de testamento, porque es muy frecuente que éste exista, y, sin embargo, haya necesidad de abrir la sucesión *ab-intestato;* y el mismo Código nos autoriza para sentar esta afirmación, pues según el art. 912 (números 2.º, 3.º y 4.º), dicha sucesión también se realiza cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo ó en parte de los bienes, ó no dispone de todos los que corresponden al testador, teniendo entonces lugar la sucesión legítima solamente respecto de los bienes de que no se hubiere dispuesto (cuyo extremo también prevé el tercer párrafo de nuestro artículo 658), y cuando falta á la condición puesta á la institución

de heredero, ó éste muere antes que el testador, ó repudia la herencia, sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer, lo mismo que cuando el heredero instituído es incapaz de suceder. Y hasta, según la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Mayo de 1882, cuando el heredero instituído en propiedad de fincas dejadas en usufructo á otras personas premuere al testador, queda éste sin sucesor testamentario en esta parte de herencia, y los parientes más próximos adquieren derecho á ella por ministerio de la ley.

Hay otra forma de sucesión que participa de los caracteres de la testamentaria y de la intestada, la que algunos autores llaman, por este motivo, *mixta,* ó sea la que comprende el último apartado del art. 658, según el cual, puede deferirse la sucesión, en parte, por voluntad del hombre, y en otra, por disposición de la ley. De esta especie es uno de los casos que antes citamos, es decir, el en que la institución de heredero comprenda sólo parte de la herencia, y la restante se distribuya conforme á las reglas de la sucesión ab-intestato; y, en general, tendrá lugar dicha forma de sucesión mixta siempre que alguna de las cláusulas del testamento no pueda tener aplicación, por quedar nula, ser impracticable, imposible de interpretar ó destituída de todo valor jurídico por cualquier otro concepto.

Dicho último apartado comprende la muy radical innovación introducida por nuestro antiguo derecho patrio en materia de testamentos, que derogó lo que ya venía establecido desde la legislación romana. Tenemos expresado que por el mismo principio de indivisibilidad de la familia y para que el heredero representase en toda su totalidad la persona y patrimonio del difunto, ostentaba, según dicha legislación, un marcado carácter de unidad y universalidad todo lo que á la sucesión testamentaria se refería, con el objeto de que tanto ésta como la intestada respondieran en su manera de ser á tan peculiar organización política y social, como sabemos es la que rigió principalmente en los primeros tiempos del pueblo romano. El heredero nombrado había de representar toda la herencia y ser perfecto continuador de las tradiciones familiares, erigiéndose en jefe de la comunidad, ó de lo contrario, el testamento se invalidaba *ipso facto,* se rompía, se hacía írrito; pues toda esta diversa fraseología se aplicaba á los diferentes motivos por los que la vo-

luntad póstuma del testador quedaba sin efecto, si se invalidaba la institución de heredero, considerada como *caput testamenti;* todo lo demás de éste se tenía como no escrito, abriéndose, con respecto á la totalidad de los bienes relictos, la sucesión *ab intestato,* la que estaba inspirada en iguales principios de unidad y de mantenimiento del patrimonio hereditario dentro del círculo familiar. De aquí el axioma de derecho *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus succedere potest,* cuya doctrina recoge la *ley 7.ª De regulis iuris. Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato, et intestato decessisse; earumque rerum naturaliter inter se pugna est testatus et intestatus.*»

Pero modificándose las reglas sucesorias al compás de los principios del derecho público y del privado, aquella máxima jurídica fué con el tiempo sustituída por la célebre *ley 1.ª, título XIX del Ordenamiento de Alcalá,* que es la *misma 1.ª, título XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación,* destructora, con muy buen acuerdo, de las sutilezas romanas y creadora de un estado de derecho más conforme con la naturaleza humana y con los predicados de justicia y conveniencia social. Desde entonces, y por el mayor interés y respeto que merece la voluntad individual, que bajo forma expresa es en la que verdaderamente radica la facultad de testar, precisa, hasta donde sea posible, dar primordial valor y preferencia á lo que cada testador haya dispuesto en su testamento, aunque éste resulte incompleto ó ineficaz en parte, ó se hagan inaplicables determinadas cláusulas del mismo.

Aun cuando hayan de ponerse en práctica á un mismo tiempo, tratándose de un mismo haber sucesorio, las reglas propias del testamento y las de la sucesión *ab-intestato,* es doctrina de derecho vigente desde la referida ley del Ordenamiento, que derogó *la 14, título III, Partida 6.ª* (comprensiva en sustancia del antes enunciado axioma de la legislación romana), que antes de abrirse la sucesión intestada, en cuanto al total haber relicto, se agote el medio de que la determinación voluntaria del testador prospere en todo lo que de lícita y factible tenga. Como dice la ley del Ordenamiento anotada en los *Precedentes,* «*valga el testamento en cuanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entonces herede aquel que, según derecho y costumbre de la tierra, había de heredar en caso que el testador no hiciere testamento, y cúmplase el testamento*», cuya doc-

trina repite con otras palabras nuestro art. 764, según el cual, el testamento será válido, aunque no contenga institución de heredero, ó ésta no comprenda la totalidad de los bienes, bien el nombrado no acepte la herencia ó sea incapaz de heredar. Entonces se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo á las leyes, y el remanente de los bienes pasará á los herederos legítimos.

Una sentencia reciente del Tribunal Supremo de 5 de Julio de 1893 confirma en un todo la doctrina que venimos exponiendo, principalmente en lo que se refiere al apartado último del artículo, puesto que, declarando que la voluntad del testador, expresa ó presunta, es ley en la materia, casa por este motivo el fallo de una Audiencia, la cual no llegó á estimar que una persona pudo haber dispuesto en su testamento de parte de su herencia, distribuyéndola en legados entre sus sobrinos y dejándoles el dinero sobrante, sin instituir heredero ni disponer nada de otros bienes muebles y raíces; con lo cual fué su voluntad presunta que sucediera en ellos la heredera legítima, falleciendo intestada la testadora respecto á los mismos.

Algún Código extranjero, como el austriaco (art. 533) y el de Sajonia (2.003) señalan otras formas por las que puede disponerse *mortis causa* de todo el patrimonio de una persona, son á saber: la sucesión por virtud de pacto matrimonial y el llamado contrato de herencia. En alguna de nuestras provincias forales también se acostumbra á disponer de la herencia en las llamadas capitulaciones matrimoniales. En los países de derecho común, para los que está el presente Código escrito, no han de existir más formas de sucesión que las establecidas en el art. 658, porque si bien la mejora, según el 827, puede otorgarse en dichas capitulaciones y aun en contrato oneroso celebrado con un tercero, aquella nunca podrá considerarse como forma total de sucesión, sino simplemente como una cláusula ó parte del testamento que no afecta más que á una porción determinada de la herencia, y mejor á cierta cuota de la porción llamada legítima; del mismo modo que puede quedar constituído en el testamento cualquier otro acto jurídico de unilateral naturaleza, siempre que para ello haya tenido el testador la capacidad de derecho exigida en cada caso concreto.

ART. 659. La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte.

Concordancias.—Análogo al art. 549 del proyecto de Código de 1851 é igual al 658 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 7.ª, tít. XXXIII, ley 8.ª*—.....Otrosi, herencia es la heredad, e los bienes e los derechos de algun finado; sacando ende las debdas que deuia, é las cosas que y fallaren agenas.

COMENTARIO.—Al señalar el artículo transcrito los límites ó extensión de la herencia, da de ésta una verdadera y exacta definición que podemos aceptar desde luego, sin reservas, en todo el curso de los siguientes comentarios. Llámase, pues, herencia el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte. Hasta en este particular hemos progresado con respecto á la legislación precedente y aun á la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ya vemos en los *Precedentes legales* de qué manera tan incompleta definen las Partidas la herencia, cuyo sentido imitaron diferentes fallos de dicho Tribunal al determinar, entre otros, en los de 21 de Junio de 1869, 12 de Diciembre de 1873, que herencia es lo que queda de los bienes del finado, después de satisfechas todas las deudas y responsabilidades, no existiendo aquélla hasta que estén pagadas las deudas y legados, sin perjuicio del derecho que tenga el heredero para detraer de los últimos lo necesario y dejar á salvo la cuarta parte.

Consideramos más científica la definición de los romanos, que aparece en la *62, De regulis iuris, «hereditas nihil aliud est quan successio in universum ius quod defunctus habuerit,»* puesto que comprende la generalidad del patrimonio hereditario, sin distinguir de derechos ni de obligaciones, del activo ni del pasivo del testador. Y así es como comprendemos nosotros la herencia y como la venimos explicando en nuestros estudios sobre el derecho hereditario. Las mismas relaciones económicas que el testador mantenía ya en su beneficio ó ya por consecuencia de vínculos de deber que igualmente le atan y obligan, son las que subsiguen después

de su muerte, porque es sabido que el que contrata, lo hace para sí y para sus herederos; y si se necesita de una persona que mantenga y continúe en toda su totalidad y variedad de aspectos la serie de dichas relaciones, que contrajera la persona que ha desaparecido de la vida (relaciones jurídicas que persisten más de lo que dura la limitada existencia de cada individuo), natural es que lo que se adquiera por el derecho sucesorio, ó sea la herencia, en el sentido que, como más propio, le hemos dado en la introducción general á este título tercero, comprenda, no sólo lo que produce derechos á favor del heredero, sino también obligaciones.

Y no es que el sucesor, al hacerse cargo de una herencia, haya forzosamente de contraer tamañas responsabilidades, principalmente cuando el pasivo sea de gran entidad en el total haber relicto; porque para ello cuenta con recursos y facilidades que el Derecho le proporciona, es decir, con el beneficio de inventario y el de deliberar, por los cuales el heredero no queda obligado á pagar las deudas y demás cargas hereditarias, sino hasta donde alcanzan los bienes de la herencia, no confundiéndose, para ningún efecto, en daño del heredero sus bienes particulares con los que pertenezcan á la herencia (art. 1.023): Mas si la aceptación es pura y simple quedará dicho heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios (art. 1.003).

El beneficio de inventario ha de hacerse expresa y solemnemente, por escrito, ante Notario ó ante cualquiera de los Jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaría ó *ab-intestato;* mientras que la aceptación de la herencia puede resultar hasta de actos que supongan necesariamente la voluntad de aceptar ó que no había derecho á ejecutar sino con la cualidad de heredero; lo cual indica que la adquisición de la herencia en la forma que señala nuestro art. 659 y el 1.003 referido, es la regla general, y la excepción la constituye el hecho de la distinción de responsabilidades entre el causahabiente y el sucesor, con respecto al patrimonio dejado por el primero. Por esto, dicen las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de Abril de 1881 y 22 de Septiembre de 1886, que el nombrado heredero que, sin gestionar la partición de la herencia ni aceptarla llanamente, se aprovecha de ella disfrutando bienes que la componen, como lo revela al pagar la contribución impuesta á una de las fincas hereditarias,

acepta la herencia *por fecho* y se obliga á pagar las deudas de su causante, infringiendo la sentencia que así no lo reconoce la *ley 11, título VI, Partida 6.ª*, porque el heredero que acepta la herencia adquiere los derechos y obligaciones de su causahabiente.

La herencia puede ser objeto de un contrato, como todas las cosas que están en nuestro patrimonio, y aun la herencia futura, si bien con respecto á esta última, como dice el art. 1.271 del Código, sólo en cuanto tenga por objeto practicar entre vivos la división de un caudal, mientras no se perjudique la legítima de los herederos forzosos. En el caso de venta de la herencia, según los artículos 1 531 y 1.534, si aquélla se hace sin enumerar las cosas de que se compone, el vendedor sólo estará obligado á responder de su cualidad de heredero y el comprador deberá, por su parte, satisfacer al vendedor todo lo que éste haya pagado por las deudas y cargas de la herencia, y por los créditos que tenga sobre la misma, salvo pacto en contrario; como consecuencia de la regla general, el que adquiere en cualquier forma una herencia se beneficia con lo que á ésta corresponda; pero se hace también solidario de todos los compromisos que contrajera su cedente, en el caso expuesto, y por haberlos aceptado aquél de su causahabiente, el testador.

La herencia, por sí sola, puede llegar á constituir una entidad jurídica con personalidad para representar derechos y obligaciones. Tal sucede con la llamada *herencia yacente*, ó sea la que, según la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Junio de 1861 y Resoluciones de la Dirección general de los Registros de 20 de Junio y 24 de Julio de 1884, aún no ha sido adida ó aceptada, suponiendo la ley, mientras conserva aquélla tal cualidad, subsistente la personalidad del difunto para todos los efectos legales, incluso para el de la venta de los bienes hereditarios que se hace á nombre del causante, según tiene declarado la referida sentencia, y además inscribible, en tal forma, en el Registro de la propiedad.

El jurisconsulto romano Gayo, *en el libro III de su Instituta, §§ 77 y 78* (1), autorizaba la venta de los bienes de aquéllos que, al morir, no dejaban herederos.

(1) § 78, lib. III.

..... mortuorum bona venerunt velut eorum quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores, neque ullum alium iustum successorem existere.

La ley 12, tít. II, Partida 3.ª, ordena que se nombre un curador á los bienes del que muere sin heredero, siendo válido cuanto ese curador *razonare ó ficiese en juicio, también como si estuviese delante aquel cuyos fuessen los bienes.* La mayoría de los Códigos civiles modernos, en interés de los acreedores principalmente, y en una ú otra forma, invisten á la herencia yacente de una representación especial, otorgando la facultad de enajenar bienes de esa misma herencia y la de destinar el precio de la venta al pago de los créditos que dejó sin solventar el causante. Por esto, se dice en algunas Resoluciones de la Dirección general de los Registros que existe una perfecta capacidad para enajenar en la persona moral «herencia,» ya que no teniendo dueño conocido los bienes de una herencia yacente, para sostener la firmeza de las enajenaciones á instancia de acreedores durante ese estado del caudal, hay que partir de la ficción que reputa verificada la venta por el mismo causante. Y partiendo de la situación anómala que se engendra en cuanto al dominio se refiere, y dando por supuesta la necesidad de que por la Autoridad judicial se provea de una representación al caudal, y con su concurso proceda aquélla á enajenar los bienes necesarios al pago de los acreedores, lo natural y lógico es que, dado que aún se ignora quiénes sean los herederos, se lleve á cabo la venta á nombre del finado. Otra resolución muy reciente, de 2 de Diciembre de 1892, mantiene igual doctrina: En uno de sus considerandos, se dice que mientras conste que no haya sido adida la herencia, debe reputarse ésta como si estuviera yacente, y, en tal concepto, se supone existente la personalidad del finado para todos los efectos legales, incluso el de que la venta ó adjudicación de los bienes hipotecados se repute hecha á su nombre.

Es una redundancia la de hablar de bienes y derechos, porque las dos palabras envuelven una misma idea, la de referirse á cosas que son ó pueden ser objeto de apropiación, que están ó pueden estar en nuestro patrimonio, es decir, el concepto contrario al que representa el término obligaciones; pues los derechos pertenecen á la categoría de bienes, en la significación general jurídica de éstos; y son muebles ó inmuebles, según el sentido de los artículos 334, 335 y 336 del Código, conforme radiquen sobre una ú otra especie de bienes. O en otros términos: Son objeto de herencia las cosas á que se refiere el art. 333 de dicho Código.

Hasta pueden ser objeto de transmisión hereditaria, y, por tanto, de herencia, las cosas que todavía no posea el testador, porque, según la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Diciembre de 1860, aunque un testador no posea bienes al tiempo de su muerte, transmite á sus herederos el derecho que á ellos tuviere, en la proporción que haya establecido en su testamento. Por esto, algunos autores enuncian como requisito general en las cosas, para poder ser hereditarias, el de tenerlas el testador al tiempo de su fallecimiento, en su posesión ó *cuasi-posesión (et placuit, universas res haereditarias in hoc iudicium venire, sive iura, sive corpora sint).*

Pueden asimismo comprenderse en la herencia las cosas que no pertenecían al difunto, siempre que estén en el comercio de los hombres; sutileza ésta ya del Derecho romano, y bien comprensible, porque lo que entonces transmite el testador no es una cosa ajena que, por el hecho de tener tal cualidad, no pueda disponer de ella, sino el precio de su estimación, la cantidad, ya en metálico ó ya en otra clase de bienes, necesaria para adquirirla el heredero ó quien represente, en tal sentido, á la herencia. El jurisconsulto Sr. Morató opina que, aun por excepción, puede ser objeto del derecho hereditario una cosa que esté fuera del comercio, como si una casa de la herencia tuviera un oratorio público ó privado, ya que éste, como accesorio de la casa, sería entonces también considerado como cosa hereditaria.

Y ¿cuales son los derechos de una persona que no se extinguen por su muerte? Difícil es dar una contestación que comprenda los casos de derechos no transmisibles con la herencias por ser múltiples y no hallarse todos señalados en las páginas del Código. El Código civil portugués, con mayor acierto en nuestro concepto, expresa que la herencia abarca todos los bienes, derechos y obligaciones del difunto, que no fuesen meramente personales ó exceptuados por su voluntad ó disposición de la ley.

En estos tres conceptos jurídicos cabe encerrar las posibles restricciones á la transmisibilidad de los derechos y obligaciones de una persona que fallece, y ellos son los que deban indicar el criterio para proceder en cada caso concreto con la necesaria prudencia y apetecida exactitud. Respecto al primer extremo, es muy lógico establecer que, si los derechos ú obligaciones son personales, concluyan con la persona en cuyo favor se otorgaron, ó con aquella

otra que se comprometía á prestarlos, porque si en tal persona no concurrieran las circunstancias que motivaron seguramente la prestación del deber ó la adquisición del derecho, ni éste ni aquél hubieran tenido existencia. En esta consideración se fundó el legislador español al redactar sus artículos 1.161 y 1.257 del Código civil, según los cuales, en las obligaciones de hacer, el acreedor no podrá ser compelido á recibir la prestación ó el servicio de un tercero, cuando la cualidad y las circunstancias de la persona del deudor se hubieran tenido en cuenta al establecer la obligación; y los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto á éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles ó por su naturaleza, ó por pacto, ó por disposición de la ley. Aquí nos encontramos precisamente con las mismas tres restricciones antes señaladas, insertas en el Código portugués; porque la naturaleza de los derechos y obligaciones, que son transmisibles, es la de extinguirse con la persona, en vida de la cual han nacido aquéllos; y el pacto ya supone la intervención de la voluntad del testador, determinada por actos unilaterales ó por convenio con otro tercer obligado.

Entre los principales derechos y obligaciones mencionados en el Código, y que no pasan á la herencia, encontramos: los que supone el matrimonio entre los mismos esposos; puesto que según el art. 52, aquél se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges; los que dimanan del usufructo, uso y habitación, por cuanto éstos terminan, según el núm. 1.º del art. 513 y el 529, por la muerte del usufructuario, en consideración al cual se creó el derecho; los que engendra el contrato de obras por ajuste ó precio alzado hecho con una persona por razón de sus cualidades personales, el cual se rescinde por la muerte de aquélla, según el art. 1.595, abonando entonces el propietario á los herederos del constructor, á proporción del precio convenido, el valor de la parte de la obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte algún beneficio; los que nacen del contrato aleatorio de renta vitalicia que define el art. 1.802, como aquél en que el deudor se obliga á pagar una pensión ó rédito anual durante la vida solamente de una ó más personas determinadas, por un capital de bienes muebles ó inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión.

Pongamos ejemplos, también según el mismo Código, de derechos y obligaciones intransmisibles por herencia, no principalmente por motivos personales de quien comenzó á ejecutarlos, sino más bien por disposición de la ley. Según el art. 112, el marido es el único que podrá impugnar la legitimidad del hijo, dentro de los dos meses siguientes á la inscripción del nacimiento en el Registro, si se hallare en el lugar el primero; de tres meses si residiere en España, y de seis si fuera de ella, y sólo limitativamente los herederos durante lo que reste de dichos plazos, si el marido murió sin deducir la demanda antes del término prescrito ó si murió después de deducida, pero sin haber desistido de ella, ó si el hijo nació después de la muerte del marido. De modo que, por consideraciones á éste únicamente, se otorga á sus herederos la facultad de impugnar la legitimidad de un hijo. *A sensu contrario,* el derecho de reclamar su legitimidad compete exclusivamente al hijo, según el art. 118, durante toda su vida, y sólo se transmitirá á los herederos por el término de cinco años, si el primero falleciere en la menor edad ó en estado de demencia, porque concurriendo estas circunstancias, carecen tales sucesores de personalidad civil y procesal para hacer efectiva dicha reclamación, y en tal sentido, únicamente sustituyen al referido causante, del propio modo que cuando ya éste hubiera entablado la acción, si antes no hubiese caducado la instancia. Asimismo, por regla general, según el art. 137, las acciones para el reconocimiento de hijos naturales sólo podrán ejercitarse contra los presuntos padres, y no contra los herederos de éstos, á no ser que aquéllos hubiesen fallecido durante la menor edad del hijo, ó si después de la muerte del padre ó madre, aparece algún documento de que antes no se hubiese tenido noticia, en el que reconozcan expresamente al hijo.

Los sucesores tampoco heredan la obligación de suministrar alimentos, porque ésta cesa, según el art. 150, con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme, como tampoco es transmisible á un tercero el derecho al percibo de los alimentos, conforme al art. 151, pues tal derecho concluye con la vida del que lo dispuso, según el núm. 1.º del artículo 152.

El 167, en su número también primero, estatuye que la patria potestad se acaba por la muerte de los padres ó del hijo, y

si bien la madre la ejerce, falleciendo su marido, no es porque la hereda de éste, sino que por derecho le corresponde desde su matrimonio juntamente con aquél, y la ejercita en toda su plenitud cuando llega á estado de viudez. Tampoco se transmite por la muerte la acción concedida al donante por causa de ingratitud si, como dice el art. 653, aquél, pudiendo, no la hubiere ejercitado y de igual modo, no podrá dirigirse tal acción por el propio motivo contra el heredero del donatario, á no ser que á la muerte de éste se hallase interpuesta la demanda.

Serán intransmisibles por pacto ó manifestación de la voluntad del testador aquellos derechos y obligaciones que en tal sentido se hubieren mencionado en el título constitutivo del contrato al tiempo de otorgarse éste, como acostumbra á suceder cuando las partes contratantes convienen en que, por muerte de una de ellas, dé fin el vínculo creado entre las mismas. Así se estipula frecuentemente en el contrato de sociedad, en el de mandato, comodato y alguno otro más.

Según los artículos 1.845 y 1.853, el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes á la deuda, mas no las que sean puramente personales del deudor; y los cofiadores, en el caso de que uno de ellos haya pagado la deuda, también podrán oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor, y que no fuesen puramente personales del mismo deudor.

Nadie más que el testador, si fué el calumniado ó injuriado, puede, con arreglo á los párrafos 2.° y 3.° del art. 482 del Código penal, instar la oportuna acción de calumnia ó injuria, á no ser que el primero esté constituído en autoridad pública, pertenezca á Corporaciones ó á determinadas clases del Estado, ó se profieran desacatos, insultos, injurias y amenazas contra la autoridad, sus agentes ó los demás funcionarios públicos; tampoco es transferible, sino de naturaleza eminentemente personal, el perdón con que la parte ofendida puede relevar de la pena al culpable de injuria ó calumnia.

Del mismo modo, y según el art. 463 de dicho Código, no pasa á los herederos la acción para proceder en causas de estupro, que sólo puede promover la agraviada, sus padres, abuelos ó tutor; si éstos la ejercitan después de fallecida la primera, no

será en calidad de herederos suyos, sino como representantes de la misma en vida y en muerte en cuanto á tal particular. Lo mismo acontecerá en las causas de violación y en las de rapto ejecutado con miras deshonestas; no pudiendo asimismo conceder, en todas las causas dichas, el perdón necesario para extinguir la acción penal ó remitir la pena impuesta, más que la misma parte ofendida.

El art. 449 del referido Código penal, igualmente prohíbe á otras personas, que no sean el mismo marido agraviado, la interposición de la querella por adulterio, sin que, por tanto, tal facultad pueda transmitirse á los herederos; y en el propio caso se halla la mujer cuando es el marido el que comete dicho delito, teniendo manceba dentro de la casa conyugal ó fuera de ella con escándalo.

Por último, y para no hacer interminable este catálogo de derechos y obligaciones que no se transmiten con la herencia, la responsabilidad penal, conforme á lo preceptuado en el número 1.° del art. 132 del Código, se extingue siempre por la muerte del reo en cuanto á las penas personales, y respecto á las pecuniarias, sólo cuando á su fallecimiento no hubiere recaído sentencia firme. Si ésta recayó y no se hicieron efectivas aquéllas, los herederos del penado serán los que han de satisfacerla.

ART. 660. Llámase heredero al que sucede á título universal, y legatario al que sucede á título particular.

Concordancias.—Igual al art. 556 del proyecto de Código de 1851 y análogo al 659 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. —*Partida 6.ª, tít. III, ley 21.ª*— E suyos son llamados aquellos que son fijos ó nietos, ó visnietos del fazedor del testamento, si fueren en poder del, á la sazon que os fizieren herederos. E llamaron los Sabios antiguos á tales erederos como estos, suyos; por que son como vna persona, e na cosa con el testador. E aun demas dixeron, que son como señores de la herencia, biuiendo con sus mayorales; por que en

su vida han todo lo que les es menester de los bienes, tambien como los padres é los abuelos. E otrosi, por que á la su fin, non los pueden desheredar sin cierta é derecha razon.

Partida 6.ª, tit. IX, ley 1.ª— Manda es vna manera de donacion, que dexa el testador en su testamento, ó en cobdicillo, á alguno por amor de Dios, ó de su ánima, ó por fazer algo aquel á quien dexa la manda. Otra donación fazen á que dizen en latin *donatio causa mortis,* que quier tanto dezir, como cosa que dá el testador á otro, cuydandose morir. E desto fablamos en el título de las donaciones. E puede fazer tal manda, ó tal donacion, todo ome que ha poder de fazer testamento, ó cobdicilo. Otrosi dezimos, que á todos aquellos puede ser dexada manda, que pueden ser establecidos por herederos; e quales son los que pueden esto fazer, e quales non, mostramos cumplidamente en las leyes que fablan en esta razon, en el titulo de los testamentos e en el titulo de los establescimientos de los herederos.

ART. 661. Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones.

Concordancias.—Igual al art. 554 del proyecto de Código de 1851.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 7.ª, tit. IX, ley 13.*— ..... E aun dezimos, que si alguno dixesse mal tortizeramente de la fama de algun ome muerto, que los sus herederos pueden demandar emienda dello, tambien como si lo dixesse contra ellos mismos; porque, segund derecho, como vna persona es contada la del heredero, e la de aquel a quien heredó.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 660 Y 661.—I. *De los conceptos legales de heredero y legatario.*

a) De la transmisión universal hereditaria.—Los artículos 660 y 661 señalan el concepto de heredero, por su definición y alcance jurídico, y circunscriben su esfera con respecto á la del legatario.

Es de toda necesidad dejar establecido, antes de comenzar el

estudio detallado de cada forma de sucesión en particular, otro de los conceptos cardinales, la significación exacta de otra de las personalidades que intervienen en el derecho sucesorio, porque si, como ya tenemos repetidamente dicho, el que fallece queda total y perfectamente sustituído, tanto en su persona como en sus bienes, conviene forzosamente conocer si todos los designados en el testamento, indistintamente han de desempeñar en igual forma tal cargo de sustituto. De que una de dichas personas sea el heredero ó legatario dimanan muy diversos y trascendentales efectos jurídicos.

Las etimologías más generalmente aceptadas de la palabra *heredero* otorgan á éste consideración de dueño ó señor de una cosa. Escriche, en su *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, dice que en lo antiguo se llamaba heredero al propietario de alguna heredad, y Justiniano enseña en la *Instituta* que la expresión *acto de heredero* es lo mismo que acto de propietario, en el sentido de que los antiguos llamaban herederos á los dueños ó señores: «*veteres enim haeredes pro dominis apellabant.*» El jurisconsulto francés Cuyacio también hacía observar que *heres* viene de *herus*, amo ó dueño, y *haeres, haeredis* es la misma palabra heredero, en latín. No juzgamos tan defendible la especie de que dicho *haeres* viene del verbo *haereo*, que significa estar junto ó pegado á otro.

De modo que las apuntadas consideraciones etimológicas nos dan alguna luz repecto al concepto del término heredero, aun cuando no sean suficientes, ni con mucho, para establecer la delimitación de los términos *heredero* y *legatario*, pues nadie negará que el último es también amo ó señor de una porción hereditaria que se asigna en testamento; y decimos testamento, porque ya se comprende que en la sucesión *ab-intestato* no puede haber legados, los cuales exclusivamente nacen de la voluntad expresa del testador manifestada en actos de disposición *mortis causa*. Alguna otra debe de ser la diferencia técnica que exista entre heredero y legatario, porque en el lenguaje vulgar y co-[illegible]nte, lo mismo de uno que de otro se dice que *heredan*.

La diferencia que muestra el art. 660, digámoslo con toda [illegible]se de salvedades, es anodina é inútil al propósito que en este [illegible]entario perseguimos. Son definiciones las que en dicho pre[illegible]to se consignan, relativas á los efectos que la cualidad de

heredero ó la de legatario producen; pero no determinación de los verdaderos caracteres distintivos que tales ideas implican. Resultará, en efecto, que el heredero sucede á título universal y el legatario á título particular; pero por estas explicaciones no vendremos en conocimiento de quién de dos personas, á las cuales se adjudica en disposición testamentaria porciones iguales de la herencia, es la heredera y cuál la legataria, si otros preceptos del Código nc suplieran hasta cierto punto estas deficiencias. Aumenta la dificultad, que no desvanece el art. 660, la consideración de que por el art. 768 el heredero instituído en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario, y que también, según el art. 891, puede distribuirse toda la herencia en legados, en cuyo caso se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios, á proporción de sus cuotas, á no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa. También el testador, por el art. 858, podrá gravar con mandas ó legados, no sólo á su heredero, sino también á los legatarios, no estando obligados éstos á responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado. El mismo legislador ve la posibilidad de que se originen dificultades de interpretación, porque en su art. 668, apartado segundo, prevé que en la duda de que el testador haya dispuesto de sus bienes á título de herencia ó de legado, aunque aquél no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha á título universal ó de herencia.

¿Cuál será, por tanto, la regla ó reglas á que debamos someternos para distinguir el heredero del simple legatario? ¿Qué ideas hemos de sustituir por las de *á título universal* y *á título particular* para mejor comprender éstas? Repetimos que la cuestión es de suma transcendencia, y privativa de la sucesión testamentaria, cuando el testador no hubiera dado expresamente la denominación de heredero á alguno de los que cite en el testamento, ó se desprenda de una manera indudable en tal sentido su intención. Ya en su debido lugar explicaremos con detenimiento que la voluntad del testador es, antes que nada, la norma indudable de interpretación de las cláusulas testamentarias, tendiéndose siempre, en caso de duda, á hacer todo aquello que parezca más conforme con la intención presunta del testador, según el tenor del mismo testamento.

Pues bien: el Código italiano, en su art. 760, dice que las disposiciones testamentarias que comprenden la universalidad ó una parte alícuota de los bienes del testador, son á título universal y atribuyen la cualidad de heredero, mientras que las demás disposiciones son á título particular y atribuyen la cualidad de legatario. El Código de Chile (art. 951) expresa que la transmisión es á título universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles ó en una cuota de ellos, como la mitad, tercio ó quinto, y á título singular cuando se sucede en una ó más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, 600 pesos fuertes, 40 fanegas de trigo. En el propio sentido se explican los Códigos austriaco (532) y de Colombia (1.011). El portugués (1.736) llama heredero á aquel en quien recae la totalidad ó parte de la herencia, sin determinación de valor ni objeto; y legatario aquel en cuyo favor el testador deja cantidades ú objetos determinados. Los artículos 3.368 y 3.369 del Código de Méjico dicen que si el testador distribuye parte de sus bienes en legados, sin disponer del resto, es representante del difunto el heredero legítimo; y cuando toda la herencia se distribuyese en legados, los legatarios serán considerados como herederos, y bajo ese carácter serán representantes del testador. Heredero, según el Código de Guatemala (741), es la persona que tiene derecho á suceder en los bienes de otra que ha fallecido; y legatario (866) la persona á quien se da algo por testamento sin instituirle heredero.

Las Partidas conceptuaban las mandas ó legados como una especie de donación, según ya lo expresó el Derecho romano *(ita quaedam donatio)*; pero no puede esto servir de base á una solución exacta, ya que toda la herencia puede indistintamente considerarse también como una verdadera donación, según antes de ahora hemos dicho, ni tampoco abre horizonte alguno respecto al particular la etimología de la palabra legado (de *legare, lex,* por la forma en que indudablemente las sucesiones se transmitían en los primitivos tiempos de Roma, *in calatis comitiis*). De suerte que los *Precedentes legales* si no resuelven la duda propuesta, por lo menos ofrecen datos que ilustran el problema.

En nuestro modesto sentir, la distinción de heredero y legatario debe tratar de buscarse en la misma intención del testador, no según la mayor ó menor cuota hereditaria relicta por el

causahabiente, sino indagando la persona en quien el testador puso su pensamiento con el fin de que le representara en la totalidad de sus actos transmisibles para con la sociedad que le había de sobrevivir, y cuál otra la que consideró exclusivamente digna de una merced particular ó liberalidad, sin otra transcendencia para cuanto se refiere con la personalidad del testador. Creemos, pues, que debe apurarse siempre el investigar el propósito del que es ya difunto; y sólo cuando tal averiguación resulte infructuosa, acudir á otros medios que la suplan y que signifiquen, asimismo, una norma de conocimiento ó presunción de la voluntad testamentaria.

Y ¿cuáles serán dichos medios ó, por lo menos, los más recomendables? Los mismos que encontramos en la legislación extranjera y que, con evidente unanimidad, aceptan los Códigos de los más opuestos países. Efectivamente, la asignación de una cosa determinada de la herencia parece que implica, por parte del testador, el propósito de no hacer al favorecido con una manda, representante de todos sus demás derechos y obligaciones, sino en cuanto afectan á lo exclusivamente donado ó legado, á título particular. Mientras que el nombrado en un testamento sucesor del que lo otorga, en una cuota de la herencia, tercera, cuarta, etc., parte, se supone, por tal forma de designación, que se le quiso adjudicar la continuación de la personalidad jurídica del difunto, gravándole con las mandas y demás cargas de naturaleza análoga. Claro es que en todo esto hay algo de sutileza, algo de violencia lógica; porque, preguntamos con el ilustre Goyena: ¿por cuál motivo no había de poder dejarse por título de manda ó de legado, una parte alícuota de los bienes, en cuyo caso el legatario se llamaba, por Derecho romano, *parciario*, y la manda sufría por necesidad la deducción ó pago de las deudas? Pero es preciso atenerse á alguna norma interpretativa del propósito del testador, y, en el caso de no poder resolver debidamente problema de tan imprescindible solución, además previo á todo otro acto de ejecución del testamento, es preciso acudir al tenor literal del Código, que habla de *título universal* y *título particular*. De toda notoriedad resulta que si el testador, por ejemplo, dice: «dejo la casa número tantos, sita en la calle tal de esta villa, á *B*; y lo restante de mi herencia á *C*», ó distribuye parte de aquélla en mandas, mencionando concretamente los

objetos legados, y transmite la mitad, séxtuplo, etc., de su fortuna á otra ú otras distintas personas, éstas y las heredadas con «lo restante» del patrimonio relicto, sucederán por título universal, y las señaladas con bienes concretos é individuales á título particular, pues la idea, universal, gramatical y lógicamente, significa un conjunto, una suma de cosas individuales, siendo lo particular el elemento simple, el individuo, lo concreto, lo determinado.

La duda propuesta tampoco existirá cuando el difunto deje herederos forzosos: Los vínculos de la sangre serán los que determinarán entonces dicha condición de sucesor en los derechos y obligaciones del premuerto, enfrente de los que hereden á título de legado.

Y si el testador distribuye todos sus bienes en adjudicaciones concretas á diversos interesados sin mentar para nada porción alícuota de la herencia, ¿quiénes de aquéllos serán su heredero ó herederos? Entendemos que ninguno, porque entonces será muy oportuna la aplicación del art. 768, según el cual, como ya antes de ahora hemos expuesto, el instituído heredero en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario. Y como hoy, por virtud del organismo hereditario que creó en nuestra patria la ya recordada *ley 1.ª, título XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación,* no es necesaria para la validez del testamento la institución de heredero, bien puede, en el ejemplo que antecede, prescindirse de la misma y atenerse entonces á la prescripción consiguiente del ya también citado art. 858, párrafo 2.°, según la cual, cuando con la herencia se transmiten asimismo derechos y obligaciones, el legatario responderá de éstas hasta donde alcance el valor del legado, y el testador, en su consecuencia, tendrá tantos respresentantes de su personalidad y de su hacienda, cuantos sean los legatarios favorecidos con una participación ó cuota hereditaria, proporcionalmente al valor de cada una, de manera que entre todas compongan la total representación jurídica del difunto. Por esto, dice el Código mejicano, en su art. 3.369, que

ndo toda la herencia se distribuyese en legados, los legatarios án considerados como herederos, y bajo ese carácter serán resentantes del testador.

Los herederos, por la manera como adquieren esta cualidad, den ser testamentarios ó *ab-intestato,* según los nombre la vo-

luntad póstuma de una persona ó supletoriamente la ley, cuando la primera no exista.

También, como se desprende del contexto del art. 763 del Código, pueden ser forzosos y voluntarios: los primeros, que el derecho romano llamaba *suyos* (porque, como dicen las Partidas, *son como una persona é una cosa con el testador)*, denomínanse forzosos, tanto por lo que á ellos se refiere como por el carácter de imprescindible necesidad con que debe de tenerlos presente en el testamento el testador, por lo menos dentro de ciertos límites ó restricciones; y lo son hoy, según nuestro derecho (art. 807), los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos, los últimos respecto de los primeros cuando éstos falten, el viudo ó viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos y el padre ó madre de éstos. Los herederos voluntarios son todos los no comprendidos en las anteriores categorías y definición.

Y con tal carácter obligatorio se impone al testador el llamamiento de la primera clase de herederos, que su preterición en el testamento, sin aparecer desheredados por causa taxativamente escrita en la ley y probada debidamente, anula por completo la institución de heredero, aun cuando valgan las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas; teniendo entonces lugar la sucesión legítima por lo que se refiere á la parte de la herencia no comprendida en aquellas otras adjudicaciones.

Si la herencia está constituída por el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, y si el heredero representa la totalidad de la persona de su causahabiente, claro es que el heredero deberá suceder á éste en todos sus derechos y obligaciones. La doctrina del art. 661 está virtualmente contenida en el 657, que ya sabemos expresa que los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte. Por esto, no vemos muy necesaria la existencia de dicho art. 661.

Damos con tal motivo aquí por reproducidas las consideraciones que, á propósito de la impropiedad jurídica en que, según nuestra opinión, incurrió el legislador al redactar el art. 657, expusimos en su comentario. Impropiedad que con mayor evidencia resalta en el precepto que ahora nos toca explicar, pues nadie puede considerar como doctrina exacta la de que el heredero, por

el *sólo hecho de la muerte* del testador, exclusivamente por esta circunstancia, le suceda en todos los derechos y obligaciones. Será cierto que desde el momento de dicha muerte se abre la sucesión, empieza á contarse el instante en que el heredero adquiere facultades y se hace cargo de las responsabilidades consiguientes; pero el heredero lo es tal por sus condiciones de pariente del testador, porque éste espontáneamente así lo elige en el testamento, ó la ley en su defecto, y porque el causahabiente fallece y necesita quien le sustituya, como sér de derecho creador de vínculos y compromisos, que no desaparecen con la muerte.

La doctrina del art. 661 ha sido confirmada recientemente por una sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Octubre de 1894, según la cual, las acciones que nacen del fallecimiento del testador, mientras no se haya practicado la división y adjudicación del caudal hereditario, pueden ejercitarse por todos ó cada uno de los herederos del finado, los cuales, por el hecho solo de su muerte, le sucederán en todos sus derechos y obligaciones. También en la jurisprudencia anterior virtualmente encontramos la misma teoría. En sentencia de 9 de Diciembre de 1864, al heredero se le estima identificado con el que por tal le instituyó, idea que, con otras palabras, equivale á lo que dice la *ley 13, tít. IX, Partida* 7.ª, anotada en los *Precedentes legales;* por sentencia de 20 de Enero de 1865, se declara que el hijo, como heredero de su padre, está obligado á cumplir lo convenido por el mismo; por otras de 23 de Mayo de 1883, 20 de Enero, 7 de Mayo y 7 de Diciembre de 1885, igualmente se dice que los herederos no pueden ir contra el reconocimiento de un derecho ejercitado por su causante, admitiéndose, por la *ley 30, tít. XXXIV, Partida* 7.ª, la ignorancia del heredero respecto de los actos de su causahabiente; y no debiendo ir nadie contra sus propios actos, el heredero no puede anular la venta hecha por su causante, con el cual se identifica al aceptar, con la herencia, no sólo sus derechos, sino también sus obligaciones; y, en el caso concreto del reconocimiento de la legitimidad de un crédito, es innegable la obligación que tiene de satisfacerlo, el representante de la sucesión del deudor.

En sentencia de 2 de Junio de 1886 también se afirma que los instituídos herederos no tienen acción alguna ni tal carácter hasta que ocurra la muerte del testador, *desde cuya fecha es cuando el testamento empieza á regir.* Esta última idea, proponiéndose

igual objeto, es mucho más exacta y adecuada que la contenida en nuestro art. 661.

Lo indicado en dicho precepto, claro es que regirá sin perjuicio de los principios sobre aceptación y repudiación de herencias, que hoy son actos puramente libres y que pueden llevar á cabo en la sucesión testamentaria y en la legítima, toda clase de herederos. De modo que será más aproximado á la verdad decir que aquéllos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones, si aceptan la herencia simplemente, en cuyo caso, y según el art. 989, los efectos de la aceptación se retrotraerán siempre al momento de la muerte de la persona á quien hereda. Si el heredero acepta simplemente, quedará responsable, como dispone el art. 1.003, de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios, que es lo que supone el precepto que comentamos, como caso más normal y frecuente, según ya dijimos antes de ahora. Si la aceptación se verifica con reservas, haciendo uso el heredero del beneficio de inventario, aquél no queda obligado á pagar dichas deudas, sino hasta donde alcancen los bienes de la herencia; conservando contra ésta todos los derechos y acciones que tuviera el difunto, y no confundiéndose, para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que formen parte del caudal hereditario. De modo que no hay en el art. 661 modificación alguna del Derecho anterior, respecto á la aceptación de herencia, como infundadamente sostienen algunos comentaristas del Código. Dicho acto continúa siendo tan libre, y está hoy tan al alcance de los herederos, como lo fué después de la derogación de la legislación de Partidas, sobre el particular, por la famosa ley del Ordenamiento, pues, en nuestro Código, según las bases 15 y 18 de las que sirvieron para redactarle, en materia de sucesiones en general y aceptación y repudiación de herencias, «se desenvolvieron, con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la Jurisprudencia». Lógico, pues, es que la responsabilidad del heredero, á que alude nuestro art. 661, comprenda solamente el caso en que haya aceptación de herencia sin beneficio de inventario; porque mientras no existe aceptación no hay heredero, y á éste únicamente se refiere el expresado precepto. Por esto, el distinguido jurisconsulto señor Azcárate, cuando la discusión del Código en el Congreso de

los Diputados señalaba la contradicción entre el art. 661 y el 440, según el cual, la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción, y desde el momento de la muerte del causante, *en el caso de que llegue á adirse la herencia*.

Los derechos y obligaciones de que estamos tratando, claro es que han de ser de los transmisibles, de los que no han desaparecido con el difunto; así se desprende de la comparación del artículo 661 con el 659.

El proyecto de 1851, de acuerdo con algunos Códigos extranjeros, dice que los herederos suceden, no sólo en la propiedad, sino también en la posesión, quizás para dar á entender que no es preciso recibir la investidura de sucesor del difunto por el ejercicio de determinados actos de posesión, ya judicial ó ya extrajudicial, como así lo exige el art. 797 del Código austriaco, respecto á toda clase de herederos (los cuales deben hacerse poner en posesión por el Tribunal), y el 724 del Código francés en cuanto á los hijos naturales, el cónyuge superstite y el Estado, que deben solicitar la posesión judicialmente. El art. 943 del Código de la Luisiana dice que, debiendo los hijos naturales hacerse poner en posesión, no se les considera haber heredado al difunto en el instante mismo de su muerte; pero si mueren antes de haber intentado su demanda, transmiten su derecho á sus herederos.

El Derecho español no ha podido amparar estas sutilezas ni dar carta de naturaleza á distingos que no encontramos fundados en razones filosófico-jurídicas. Dicho proyecto de 1851 ya hizo de más con diferenciar dos actos que en realidad no pueden existir separados si al concepto «propiedad» se le otorga su verdadera significación y alcance jurídico.

La propiedad que el causahabiente transmite á sus sucesores tiene que llevar envuelta forzosamente la posesión, no pudiendo aquí distinguirse los dos modos que comprende el artículo 432 del Código: posesión en el concepto de dueño y posesión en el de tenedor de la cosa para conservarla ó disfrutarla, perteneciendo el dominio á otra persona. La personalidad jurídica del difunto, por lo que á él se refiere, se extingue completamente y pasa íntegra á quien la reemplaza, y en la propia forma en que el primero gozaba de su haber. La verdadera doctrina en materia de sucesiones es que, retrotrayéndose la aceptación de la heren-

cia al momento del fallecimiento del testador, si el heredero acepta, se entiende que ni un solo instante ha transcurrido sin que las relaciones jurídicas que mantenía el difunto dejaran de tener sujeto; *ipso iure*, la sustitución completa de personalidades se verifica desde que el sucedente exhala su último aliento de vida material, aunque el sucesor se encargue más tarde del caudal hereditario; *le mort saisit le vif*, de los franceses; por esto dice el art. 440 del Código que la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante en el caso de que llegue á adirse la herencia, pues el que válidamente la repudia se entiende que no la ha poseído en ningún momento; y de esto también se desprende, según el art. 442, que el que sucede por título hereditario no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que la afectaban; mas los efectos de la posesión de buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante. De suerte que la posesión que va envuelta en el dominio anejo á la transmisión hereditaria es una verdadera posesión *civil ó civilísima*, como dice el comentarista Goyena.

II. *De las acciones que competen al heredero.*—Para hacer efectivo el derecho hereditario tiene el heredero diversas acciones, que, como tal, únicamente puede ejercitar. Los autores mencionan la de petición de herencia, *petitio hereditatis*, de carácter eminentemente real, que asiste á dicho heredero contra cualquiera que posea y disfrute indebidamente en conjunto los bienes relictos y aun contra el mismo heredero que equivocadamente se hubiera apoderado de aquéllos, creyendo que no existía testamento, lo propio que contra aquel que hubiera entrado en la posesión de la herencia, según testamento que después aparece derogado por otro posterior. El distinguido tratadista señor Morató cree que dicha acción no puede dirigirse contra los poseedores á título singular, por cuanto éste es más preferente que el universal hereditario, el cual no afirma ni prueba el dominio, ni el cuasi-dominio respecto de alguna cosa poseída á título singular, porque el que la tiene en este concepto afirma su cualidad de dueño ó cuasi dueño de la misma, y hasta ofrece en su título una prueba de alguno de estos derechos. La acción de petición de herencia compete á toda clase de herederos.

A los herederos testamentarios corresponde, entre otras, la querella *de inofficioso testamento,* por virtud de la que el heredero forzoso preterido en un testamento, reclama, por tal motivo, la nulidad del mismo ó, por lo menos, la rescisión de la institución de heredero, aun quedando subsistentes las restantes cláusulas testamentarias; acción que en el Derecho romano *(párrafo inicial, título XVIII, lib. II, de las Instituciones justinianeas, y leyes 2.ª y 3.ª, título II, lib. V del Digesto)* suponía que los ascendientes, al haber declarado ú omitido injustamente á sus descendientes, no estaban en su cabal juicio cuando hicieron el testamento, y no porque estuvieran realmente locos, pues en tal caso aquél sería nulo de derecho, sino porque aun habiendo testado en estado de cordura, faltaron con los referidos actos á los deberes de piedad.

Tienen también toda clase de herederos la acción reivindicatoria, la publiciana, las que dimanan de los contratos, y, en general, todas aquellas que hubiera podido entablar su antecesor.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS TESTAMENTOS

Consideraciones relativas al método empleado en esta parte del Código por el legislador español son las que nos toca exponer al presente, pues todo lo que atañe al concepto, origen, caracteres y modalidades del testamento, tendrá su cabida más apropiada al comentar el art. 667, que define aquél.

El Código dedica el título III de su libro tercero á regular las sucesiones en general, dividiéndolo en seis capítulos, que tratan: el 1.°, de los testamentos; el 2.°, de la herencia; el 3.°, de la sucesión intestada; el 4.°, del orden de suceder según la diversidad de líneas; el 5.°, de las disposiciones comunes á las herencias por testamento ó sin él, y el 6.°, de la colación y partición; subdivisiones extremadamente caprichosas y sin base alguna lógica, porque la colación y partición afectan por igual á los testamentos y á las sucesiones intestadas, lo propio que algunos de los problemas tratados en el capítulo de la herencia, demostrándolo así el mismo art. 744, que dice: "podrán suceder *por testamento* ó *ab-intestato* los que no estén incapacitados por la ley". ¡Y los mismos artículos de introduc-

ción, 657 al 661, que ya estudiamos, comprenden ideas comunes á las dos formas de sucesión conocidas.

Del propio modo, no se tratan en este capítulo primero del título III todos los aspectos, modalidades y partes de la institución testamentaria, como parece indicarlo el general epígrafe que le encabeza. Casi lo más interesante y fundamental en todo testamento, como es la institución de heredero, las mandas ó legados, la desheredación, el albaceazgo, etc., aparece regulado en el siguiente capítulo, ó sea en el de las herencias, que es independiente de aquél, pues que sólo tienen de común ambos el estar dentro del título tercero, que se titula «De las sucesiones».

En este capítulo III, en que nos hallamos, más bien se examina lo relativo á la forma ó solemnidades de los testamentos, previa la exposición de unas ideas generales acerca de la naturaleza de aquéllos y de qué personas pueden válidamente otorgarlos, quedando lo puramente interno del testamento para el capítulo de las herencias.

Otro muy distinto juicio del expuesto señalaríamos si el Código hubiese dedicado, v. gr., el tít. III, libro tercero, á tratar de las sucesiones, anotando los mismos conceptos generales que hemos visto existen hoy, y subdividiendo dicho título en tres capítulos, destinados: el primero, al estudio de la sucesión testamentaria (con todo lo que á ella lógica y jurídicamente corresponde); el segundo, en la propia forma, á la sucesión *ab-intestato*, y el tercero y último, á las disposiciones comunes á dichas formas de sucesión. De esta manera no ocurrirían las dudas que hoy provoca la falta de un riguroso método y de una lógica colocación de materias

en esta parte del Código español, como sucede concretamente, por ejemplo, en lo que se refiere á los derechos del cónyuge viudo y de los hijos naturales é ilegítimos, que, aun previsto y regulado en el capítulo de las herencias, hay motivos fundados para creer si se aplica asimismo á las sucesiones intestadas.

No es el apuntado el único reparo que tendremos que señalar al capítulo III. Éste comienza á tratar de los testamentos, mas hasta su sexto artículo no se encuentra la definición de aquéllos, lo cual parece un contrasentido estando hablándose en los anteriores preceptos del testamento hecho por dementes, de quiénes pueden ó no testar y de la capacidad del testador al tiempo de otorgarse el testamento. La más vulgar exigencia metódica indica que, cuando va á estudiarse cualquier punto ó materia, sean éstos los que primeramente se definan y den á conocer, para que tenga debida inteligencia la tecnología empleada posteriormente y no ocurra la necesidad de estar haciendo de continuo obligadas referencias á tan imprescindibles y fundamentales nociones, entonces desconocidas.

En los presentes comentarios no sentiremos la expresada deficiencia, por cuanto ya en la introducción general del título tercero, y en sus primeros artículos, hemos consignado alguno de los caracteres y razones que justifican la sucesión testamentaria, y las indicaciones que primeramente descubren el concepto del testamento.

SECCIÓN PRIMERA

De la capacidad para disponer por testamento.

Si los términos del compromiso que hemos contraído en los presentes comentarios, no nos lo vedaran, en esta ocasión mejor que en ninguna otra, y por virtud de las ligeras consideraciones expuestas en la introducción general del capítulo primero, alteraríamos el método ú ordenación de materias adoptado por el Código, siguiendo las reglas del procedimiento dogmático, en mucha parte preferible al exegético, y explicando antes la sección segunda de dicho capítulo, que trata de los testamentos en general, en la que se consignan, como si dijéramos, los prolegómenos de la institución testamentaria, llevando al segundo lugar lo referente á la capacidad para disponer por testamento. Así lo practican todos los autores, comentaristas y monografías que hemos hojeado y los numerosos Códigos extranjeros que consultamos con tal motivo; señal indudable, además de evidenciarlo las causas que ya tenemos nosotros apuntadas, de que tal observación metódica es de evidencia lógica, indiscutible para casi todas las inteligencias y clases de países. Extrañamos ó ignoramos las especiales razones que habrá tenido el legislador español para proceder de otro modo.

Toda esta sección primera trata, en los más breves y técnicos términos, de la llamada ya tradicionalmente *testamentifacción activa*. La palabra testamentifacción tiene una etimología muy clara, pues está compuesta de los dos vocablos latinos *testamentum* y *factio*, del verbo

facere, hacer; de modo que equivale á hacer testamento, facultad de testar. Los jurisconsultos romanos la dividieron en testamentifacción activa y pasiva, significando la primera la facultad ó derecho de disponer por testamento y la segunda la de suceder en calidad de heredero ó legatario. De lo que vamos, pues, á tratar en nuestra sección primera, es de la testamentifacción activa.

Lo primero que se observa en el contenido de dicha sección es el haberse simplificado extraordinariamente la enumeración de los requisitos necesarios en materia de capacidad del testador, y, por tanto, la exclusión de muchas causas de incapacidad, que el progreso jurídico ha desterrado con el beneplácito de todo recto criterio y conciencia honrada. Tanto es así que, según nuestro Código, una sola cualidad esencial parece exigirse en el que trate de hacer testamento, la de que goce de capacidad intelectual. Si la facultad de testar pertenece á los atributos propios de todo propietario, el poder de enajenar, que es lo más característico del dominio, lo tendrá en los mismos ó análogos términos quien va también á transmitir su fortuna *mortis causa*. Y, aunque las legislaciones varíen respecto al período en que se suponen ya las facultades intelectuales capaces para tales actos de disposición, quizás por el distinto grado de desarrollo que la variedad de climas produce, es lo cierto que todas convienen en que el otorgar testamento supone exclusivamente plenitud de razón, capacidad de la mente, dejando ya de tener cabida en el organismo del Derecho moderno incapacidades ó indignidades propias de costumbres inhumanas, como las relativas á la esclavitud y á la muerte civil ó en consonancia con

el carácter que entonces se daba al testamento (que hoy es acto que corresponde exclusivamente á la esfera del Derecho privado, y accesible, por tanto, á todo el que goce del *ius dispositio)*, como la prohibición de testar que alcanzaba á los hijos de familia, á los religiosos profesos y á otra multitud de personas, de que nos ocuparemos en su propio y respectivo lugar.

Por tanto, la enumeración de incapacidades para testar se ha reducido á su más mínima expresión, porque la regla general es la de que, desde cierta edad y en circunstancias normales de raciocinio, se entiende que es uno apto para disponer de sus bienes en testamento; por cuyo motivo, se hace siempre más breve la enunciación del principio general que la de las excepciones. Además, en esta sección primera se trata exclusivamente de las incapacidades para testar *en toda clase de testamentos,* quedando para los respectivos capítulos el designar quiénes no pueden otorgar testamento ológrafo, ó testamento cerrado ó abierto. Así lo aconseja la lógica, porque si tales incapacidades afectan sólo á una forma determinada de testar, al tratar de ella deben darse á conocer, para mayor claridad, las especialidades referentes á la testamentifacción activa.

ART. 662. Pueden testar todos aquellos á quienes la ley no lo prohíbe expresamente.

Concordancias.—Análogo á los artículos 600 y 601 del proyecto de Código de 1851, y al 736 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, lib. III, tít. V,* 1.ª—Establecemos, que los que no fueren de edad, o no fueren en su memoria, o en su seso, o los que fueren siervos, o los

que fueren juzgados a muerte por cosa a tal que deban perder lo que han, o los que fueren Hereges, o homes de religion, o Clérigos, de las cosas que tienen en sus Iglesias, que no fagan man, das, e si las ficieren, no valan.

Ídem, lib. III, tít. VI, ley 11.—Todo home, e toda muger que orden tomare, pueda facer su manda de todas sus cosas fasta un año cumplido, e si ante del año no lo ficiere, el año pasado no lo pueda fazer, mas sus hijos hereden todo lo suyo: e si fijos o nietos o dende ayuso no hobiere heredenlo los parientes mas propinquos.

Partida 6.ª, tít. I, ley 13.—Todos aquellos a quien non es defendidos por la leyes deste nuestro libro pueden fazer testamento.

Novísima Recopilación, lib. X, tít. XVIII, ley 3.ª—Mandamos que el condenado por delito a muerte civil o natural pueda facer testamento y codicilo o otra qualquier último voluntad, o dar poder a otro que la faga por el como si no fuere condenado, el qual condenado y su comisario puedan disponer de sus bienes; salvo de lo que por el tal delito fueren confiscados o no hobieren de confiscar o aplicar a nuestra Cámara o a otra persona alguna.

Ídem, lib. X, tít. XVIII, ley 4.ª—El fijo o fija que está en poder de su padre, seyendo de edad legítima para hacer testamento, pueda facer testamento, como si estuviere fuera de su poder.

ART. 663. **Están incapacitados para testar:**

1.° Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

2.° El que habitual ó accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

Concordancias. — Análogo á los artículos del 600 al 603 del proyecto de Código de 1851 é igual al 737 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, ley 10.ª, tít. V, lib. II.*—Los mismos que son menores de XIIII annos, si quisieren fazer manda de sus cosas o otro prometimiento ó por escripto ó por testimonios, non le puedan fazer, fueras ende si fuere por enfermedad ó por miedo de muerte. E si por ventura esta coyta ovieren de X annos adelantre, puede cada uno dellos mandar de

sus cosas lo que quisiere. E si despues combrar de la enfermedad cuanto mandaren non debe valer, fueras ende si por ventura tornaren en enfermedad, é lo otorgaren de cabo ó si ovieren despues cumplidos XIIII annos. E los mismos o los viejos que son fechos locos, es que non an nenguna sanidad en nenguna ora, nin pueden ser testimonias, ni maguer fagan nada, non debe valer. Mas si en alguna ora ovieren sanidad, lo que ficieren en aquel tiempo de sus cosas debe ser establescido.

Fuero Viejo, libro V, tít. II, ley 1.ª—Este es Fuero de Castiella: que todo omo fijodalgo, que sea mañero, seyendo sano, puede dar lo suo á quien quisier, ó vender; mas de que fuer alechigado de enfermedad, acuitada de muerte, de que morier, non puede dar más del quinto de lo que ouier por sua alma, e todo lo al, que ouier, deuelo eredar suos parientes, que ouier, ansi como ermanos de padre o de madre, e el mueble e las ganancias devenlo eredar conmunalmente los ermanos maguer que sean de sendos padres, o de sendas madres: e la esencia del patrimonio devenla eredar el pariente onde la erencia viene; e si ouier sobrinos, fijos de ermano, que quieran eredar la buena del tio, puedenlo auer de derecho en esta guisa, que lo tenga el otro en su vida en fiado, e despues de sua vida, que lo partan estos sobrinos con los fijos dél.

Idem íd. íd., ley 6.ª—Esto es fuero de Castiella, que ningund omes despues que fuer doliente, e caueça a todo non pueda dar nin mandar ninguna cosa de lo suo mas del quinto: mas si el viniere lo trageren en su pie a concer a uso de Igresi, e non troger toca, vala lo que ficier.

Partida 6.ª, tít. I, ley 13.—E los otros que non le pueden fazer son éstos: El fijo que esta en poder de su padre, maguer el padre gelo otorgasse. Pero si fuesse cauallero, ó ome letrado, qualquier destos fijos, que aya de los bienes que son llamados peculio castrense, vel quasi castrense, puede fazer testamento dellos. Otrosi dezimos, que el moço que es menor de catorze años, é la moça que es menor de doze años, maguer non sean en poder de su padre, -- de su auuelo, non pueden fazer testamento. E esto es, por que que son desta edad non han entendimiento cumplido. Otrosi, que fuesse sabido de memoria, non puede facer testamento ntras que fuese desmemoriado; nin el desgastador de lo suyo, uien ouiesse defendido el Juez que non enagenare sus bienes.

Pero si ante de tal defendimiento ouiesse fecho testamento, valdria. Otrosi dezimos, que el que es mudo ó sordo desde su nascencia non puede fazer testamento. Empero el que lo fuesse por alguna ocasion, assi como por enfermedad, ó de otra manera, este atal, si supiesse escriuir, puede fazer testamento, escriuiendolo por su mano misma. Mas si fuesse letrado é non supiesse escreuir, non podria fazer su testamento; fueras ende en vna manera, si le otorgasse el Rey, que lo escriuiesse otro alguno en su lugar. En esta manera misma podria fazer testamento el ome letrado, que fuesse mudo de su nascencia, maguer non fuesse sordo: e esto acaesce pocas vezes. Empero, aquel que fuesse sordo desde su nascencia, ó por alguna ocasion, si este atal pudiere fablar, bien puede fazer testamento.

Partida 6.ª, tít. I, ley 16.—Refenes dan á las vegadas los omes por si á los enemigos, por salir de catiuo. E por que estos atales, que son dados en refenes, non son en su poder, por ende non pueden fazer testamento. Otrosi dezimos, que aquel contra quien fuesse dado juyzio por razon de cantiga, ó por razon de ditado que ouiesse fecho contra otro, en aquel dixesse atal mal, porque pudiesse ser enfamado, este atal non podria despues fazer testamento. Otro tal seria si alguno ficiesse testamento cuydando que era libre, si despues fuesse prouado que era sieruo, que non valdria su testamento. Esto mismo seria, que non valdria el testamento que fiziesse el que cuydasse ser salido del poder de su padre, sil fuesse prouado despues que non era assi. E aun dezimos, que los hereges, despues que son condenados por sentencia de heregia, non pueden fazer testamento, nin aquellos que son jubgados por traydores.

Partida 6.ª, tít. I, ley 17.—Religiosa vida escogiendo algun ome, ó alguna muger, de fazer, assi como entrando en algun Monesterio, ó faziendose ermitaño, ó emparedado, ó tomando otra Orden, este atal non puede fazer testamento; mas todos los bienes que ouiesse, deuen ser de aquel Monesterio, ó de aquel lugar do entrasse, si non ouiese fijo o otros que descendiessen por la liña derecha, que hereden lo suyo. Mas si ese atal ouiesse fijos, ó otros herederos que descendiessen dél puede partir entre ellos lo que ouiera, de manera que de á cada vno dellos su legítima parte, e non más. E si por auentura mas les quisiere dar de su parte legítima, estonce tanta parte deue ser dada al Monesterio, quanto

cayere al vno dellos. E a esta parte legítima dizen en latin, parte *debita jure naturæ*. Empero, si despues que entrasse en la Religion, se muriesse, ante que partiesse lo suyo á sus herederos, assi como sobredicho es, sus fijos deuen auer su legitima parte, é el Monesterio todo lo otro. E la legitima parte que deuen auer los fijos, es esta: que si fuessen quatro, ó dende ayuso, deuen auer delas tres partes la vna, de todos los bienes de aquel a quien heredan. E si fueren cinco, o mas, deuen auer la meytad; es por eso llamada esta parte legitima por que la otorgue la ley á los fijos; e deuela auer libre, é quita; sin embargo, é sin agrauiamiento, é sin ninguna condicion. E los Obispos, é los otros Clerigos, como é de que cosas pueden fazer testamento, muestrase en la primera Partida deste libro, en el título que fabla del Pegujar de los Clerigos.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 662 Y 663.—I. *Consideraciones generales sobre la capacidad de testar.*—Para mayor claridad en la exposición, deberíamos estudiar en un solo comentario la materia de los cuatro primeros artículos de esta sección, que están enlazados entre sí por relación lógica indudable, si no resultase dicho comentario, en tal forma, de excesivas proporciones. Por tal motivo, dividiremos la doctrina de los expresados artículos en dos comentarios, sin destruir por completo la unidad del contenido de los mismos.

Son consecuencia obligada, digámoslo así, del precepto general que establece el art. 672, los tres que le siguen. Por el procedimiento que se llama de exclusión, se determinan en concepto más comprensivo quiénes pueden ó no testar, siendo así más difícil que hayan quedado fuera de la previsión del legislador casos que, enumerados en concreto, serían de designación interminable y nunca por completo generalizadores y previsores.

Las palabras del art. 662 son casi las mismas que se emplean al principio de la *ley 13, tít. I, Partida 6.ª*, anotada en los *Precedentes*: «*todos aquellos á quien non es defendido* (prohibido) *por las* *es de nuestro libro pueden facer testamento*»; principio que deter- na en regla general la capacidad del testador, requisito im- escindible en el testamento, porque es indudable que aquél arece como protagonista y figura principal en dicho acto, el al sólo por la voluntad libremente expresada de su autor pre-

valece y surte sus principales efectos jurídicos después de la muerte.

Y natural es que así sea, porque no urge tanto comprobar la capacidad del heredero, ni la cuantía de lo relicto, ni el importe de lo que forzosamente debe dejarse y de lo que *motu proprio* se transmite, ni aun la misma forma del testamento ó solemnidades especiales que en cada caso han de concurrir, mientras no se sepa que quien pudo dar lugar á todas estas cosas, el propietario de la que va á ser herencia, tenía cabal conocimiento de lo que iba á hacer, poseía el discernimiento de los actos que su libertad y raciocinio proclama como inviolables é indiscutibles, para después que la vida material se extinga.

Este es lógicamente el punto de partida de todo testamento: saber que el que «invoca el nombre de Dios Padre Todopoderoso y el misterio de la Santísima Trinidad», como hermoso testimonio de su declaración póstuma, empieza ya á dar fe del normal estado de su inteligencia y se hace cargo de las augustas responsabilidades que con tal motivo contrae. Por esto se observará que ya en los primeros renglones de toda institución testamentaria, aun en la de menores solemnidades, se encuentran las indispensables frases de *hallándose el testador en el pleno goce de sus facultades intelectuales y con capacidad para realizar el presente acto;* y está bien penetrado todo Notario de que su primer cuidado y exquisita solicitud, antes de autorizar ningún testamento, consisten en asegurarse de la perfecta inteligencia del testador y de que no le afecta ningún vicio que suponga la anulación de aquélla, facilitándole la ley los medios para que pueda cerciorarse de tal extremo, antes de contraer responsabilidades tan graves como las que dan á entender los artículos 687, 705, 715 y otros, que declaran nulo todo testamento en cuyo otorgamiento no se hubieren cumplido las formalidades debidas, haciendo responsable al Notario de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediese de su malicia, ó de negligencia ó ignorancia inexcusables. El art. 685 dice que el Notario y los testigos procurarán asegurarse de que, á su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, y el art. 665, como muy pronto veremos, ordena al Notario que se valga del dictamen garantizador de dos facultativos, para el caso de que un demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido.

La misma jurisprudencia del Tribunal Supremo patentiza la importancia y prioridad que debe de concederse á la comprobación de la capacidad del testador, pues las sentencias de 24 de Marzo, 30 de Noviembre de 1867, 12 de Diciembre de 1881 y 2 de Junio de 1886, entre otras múltiples, declaran lo siguiente:

a) La validez del testamento no consiste sólo en que esté otorgado con todas las solemnidades exigidas por la ley, sino también en que el testador, al tiempo de otorgarle, haya tenido la capacidad necesaria.

b) Las leyes que ordenan la validez de los testamentos en la forma y con las solemnidades debidas, presuponen siempre la capacidad legal del testador.

c) Siempre que la base fundamental de la nulidad descansa en la falta de capacidad del testador, es inoportuno citar leyes que se refieren á los requisitos externos que deben reunir los testamentos.

d) Y, por último, Es ineficaz la declaración de nulidad de un testamento hecha en vida del testador y por incapacidad de éste, cuando dicha declaración no la pide y obtiene persona extraña, sin relación ni vínculo alguno con el incapacitado y los interesados en el testamento, sino que fué instada y pretendida por el mismo otorgante, representado legalmente por su curador ejemplar, á quien tocaba la guarda y defensa de sus derechos; y, aunque la cosa juzgada sólo perjudica á los que fueron parte en el juicio en que recayó la ejecutoria y á sus herederos y causahabientes, dicha regla general no rige ni se aplica en el caso de declararse la validez ó nulidad de un testamento, por los motivos antes expresados de incapacidad, toda vez que esa declaración no puede menos de afectar á todos los que derivan su acción y derechos del mismo testamento, aunque no hayan litigado antes.

El final del art. 662 está bien terminante: para que la prohibición de testar prevalezca, como excepción al principio que aquél establece, es preciso que la ley la señale, y no se deduzca simplemente de argumentaciones ó enlace lógico de diversos artículos del Código, sino que *expresamente* esté contenida en uno de ellos. Bien conocidas son aquellas máximas de interpretación legal: *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus: Favores sunt amplianda, odia sunt restringenda.* La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1862 dice que por meras deducciones,

especialmente en materias más restringibles de suyo que ampliables, no es lícito limitar la facultad del hombre en uno de los actos de más importancia y transcendencia, cual es el de la testamentifacción.

Y las incapacidades que expresamente determina el Código, ya dijimos que no sólo estaban en esta sección del mismo, sino que las encontramos diseminadas por otros lugares con referencia á ciertas formas de testamento, como asimismo hallamos un caso de testamentifacción activa en el núm. 1.° del art. 63, según el cual podrá la mujer, sin licencia del marido, otorgar testamento; sin que esta permisión de la ley en favor de la mujer casada en nada pueda quebrantar los lazos conyugales ni los vínculos familiares.

La capacidad del testador tiene carácter público; no caben, tratándose de ella, renuncias, modificaciones ni transacciones; es una de tantas materias que, aun reguladas por el Derecho privado, son de interés general, superior á las conveniencias particulares, sin que éstas alcancen á estatuir sobre lo que no está en sus manos acomodar á cada caso determinado. El testamento hecho por incapaz es nulo *ipso iure;* es un acto que se supone como no otorgado, sin que el tiempo ni la modificación posterior de circunstancias contribuyan á rehabilitar lo que nunca ha tenido vida.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Mayo de 1875 declara que la cuestión sobre capacidad del testador está sometida á la apreciación de la Sala sentenciadora; la prueba de la incapacidad incumbe al demandante; resolución confirmada por otra de 12 de Diciembre de 1881.

Dice muy bien el art. 3.412 del Código mejicano: la ley sólo reconoce capacidad para testar á las personas que tienen: 1.° Perfecto conocimiento del acto. 2.° Perfecta libertad al ejecutarlo; esto es, que se hallan exentas de toda intimidación é influencia moral. Nuestro Código regula las incapacidades provenientes del primer motivo en su art. 663, y alude al segundo en el art. 673, al expresar que será nulo todo testamento otorgado con violencia, dolo ó fraude.

A) Excepciones á la capacidad de testar.

1.° *Los menores de catorce años.*—Si tenemos ya demostrado que la sucesión testamentaria, es la que dimana de la *voluntad*

del hombre, lógico debe parecer á todos que el que otorgue testamento goce de dicha facultad en toda su plenitud, refiriéndonos á la voluntad como potencia volitiva, la cual ha de ser ilustrada por un claro discernimiento de los actos que van á realizarse, ó sea por la inteligencia. Y ¿cuál es la primera causa que el sentido común indica como productora de falta de voluntad? Indudablemente la insuficiencia del desarrollo físico, que supone necesaria y normalmente incompleto desarrollo moral, producido por la falta de determinada edad.

Ha habido necesidad de fijar un límite á los años que, como *minimum*, ha de tener el testador para gozar de testamentifacción activa; y antes que adoptar el Código cualquiera de los tipos que le ofrecían las legislaciones extranjeras, optó, con mejor ó peor acuerdo, por la legalidad tradicional, aunque uniformando la edad en los dos sexos, novedad no conocida hasta el proyecto de 1882, del que la tomó nuestro referido Código, puesto que todavía el proyecto de 1851 (art. 600) habla de varones mayores de catorce años y hembras mayores de doce. En efecto: ya el *Digesto romano* en su *ley 5.ª, tít. I, libro XXVIII,* y la legislación de Partidas *(ley 13, tít. I, Partida 6.ª),* señalaron la edad según el sexo. El *Fuero Juzgo,* en una de las leyes anotadas en los *Precedentes legales,* vemos que fija también la edad de catorce años, sin distinción, aunque excepcionalmente permitía que testasen los mayores de diez y menores de trece por causa de enfermedad ó miedo á la muerte. Á pesar de esto, el Código español es el que señala límite más bajo de edad, puesto que de los extranjeros, el italiano (art. 763, núm. 1.º), el holandés (944), el austriaco (569), el prusiano (17 á 19, tít. XII, parte 1.ª) y el de la República Argentina (3.614) fijan diez y ocho años; el art. 904 del Código francés permite tan sólo testar á los diez y seis años, hasta la mitad de los bienes de que la ley autoriza disponer al mayor de edad; el Código de la Luisiana (1.462) señala la edad de los diez y seis años; el de Vaud (562) diez y siete, y los de Chile (1.005) y de Colombia (1.061) mencionan la edad de la pubertad. Sólo los Códigos portugués (1.764, núm. 3.º), de Guatemala (794), del Uruguay (793) y mejicano (3.413) van de acuerdo con nuestro artículo 663, aunque estableciendo algunos la distinción de catorce y doce años, según se refieran á varones ó hembras.

Aprobamos en primer lugar la equiparación que el Código

hace de los dos sexos para el efecto de la testamentifacción activa, porque no hay motivo alguno para suponer que la incapacidad intelectual que arguye la corta edad desaparezca primero en las mujeres que en los hombres, cuando en todo caso, supuesto que negamos, más bien podía ocurrir lo contrario. Subsiste, á pesar de todo, en nuestro mismo Código esa diferencia en los que han de tener capacidad para contraer matrimonio, lo cual aún admite cierta disculpa, porque siendo uno de los fines de aquél la procreación de la especie, determinadas aptitudes fisiológicas podrán quizá descubrirse primero en un sexo que en otro. En segundo lugar, convenimos con algún publicista español en que parece significar una contradicción anómala el que se exija la mayoría de edad, los veintitrés años, para concertar un contrato que implicará muchas veces la transmisión de una insignificante cuantía de bienes ó de derecho; y en cambio, para enajenar toda la fortuna de un individuo, todo el patrimonio que disfrute á la hora de la muerte, baste sólo tener catorce años.

Desconocemos las causas que justifiquen debidamente tan extrañas diferencias en las disposiciones legales, cuando debe significar un acto de mayor importancia y transcendencia el otorgamiento de un testamento que el de un contrato, pues en éste hay transmisión parcial del dominio, y en aquél total; además, en las disposiciones *inter vivos,* más natural es que el hombre goce de mayor tranquilidad y reflexión, por hallarse en mejores condiciones de poder examinar desapasionadamente los móviles de su proceder y las conveniencias que puede representarle el compromiso que contrae, que el que, preocupado muchas veces por el momento siempre terrible y atormentador de la muerte, dicta sus resoluciones póstumas bajo tales ideas, que no es natural dejen libre su ánimo por completo para proceder con todo el «*entendimiento cumplido*» de que habla la *ley 13, tít. 1, Partida 6.ª* Y que está muy en su lugar esta observación lo demuestra el hecho de que algunas legislaciones extranjeras, como hemos visto, aun señalando mayor edad que la de nuestro art. 663, no permiten al que cumplió aquélla, y no la necesaria para las enajenaciones *inter vivos,* disponer de sus bienes sino dentro de ciertos límites, por la desconfianza que engendra la carencia del completo discernimiento que supone el mayor desarrollo de las facultades físicas é intelectuales.

Aunque no sea frecuente el caso que algunos autores proponen, como posible, de personas que se decidan á testar el mismo día en que cumplan los catorce años, debemos hacernos cargo de él en este comentario. La *ley 5.ª, tít. I, libro XXVIII del Digesto* (1), según algunos, da á entender que el último día de los catorce ó doce años principiado se tendrá por concluído. Hace muy bien el jurisconsulto Goyena en poner en duda la interpretación que algunos tratadistas adoptan al comentar tal disposición legal, la cual se refiere al año completo, y éste es consiguiente que no se cuente hasta que haya llegado el momento ú hora igual á la del nacimiento. El Sr. Gutiérrez, también en su *Derecho civil*, y D. Rafael Ramos, en su recién publicado opúsculo sobre las sucesiones (tomo primero), parten igualmente de la certeza de dicha observación, para afirmar, como nosotros asimismo sostenemos, que no puede llamarse individuo de catorce años al que no ha traspasado todavía el instante en que matemáticamente se cumple el aniversario de su nacimiento. Si la testamentifacción activa está denegada al menor de *catorce años*, indirectamente se concede á los *mayores* de dicha edad, porque es momento imperceptible en el transcurso del tiempo el en que se tiene justamente una edad determinada. Y nadie afirmará que es *mayor* de catorce años el que, nacido á las dos de la tarde del 1.º de Noviembre de 1870, por ejemplo, exista á la nueve de la mañana de igual día de 1884. Sin embargo, para cuando una contingencia de esta naturaleza ocurra, aunque hayan pasado ya algunas horas después del cumplimiento de la edad, con el objeto de evitar en lo porvenir dudas y litigios, aconsejamos á los Notarios y personas de la confianza del testador, cuando éste, en el segundo caso, no teste bajo la fe notarial, procuren insertar en el acto del otorgamiento la hora y minutos si cabe, en que empieza á extenderse la manifestación de la voluntad testamentaria; formalidad que tampoco huelga para otros efectos que produce siempre la institución.

2.º *De los que habitual ó accidentalmente no se hallen en su cabal juicio.*—Nos toca ahora explicar otro motivo de incapacidad, de

(1) *Ley 5.ª, tít. I, libro XXVIII, Dig.*

...... Utrum autem excessisse debeat quis quartumdecimum annum ut testamentum facere possit, au sufficit complesse? Propone aliquem Kalendis Ianuariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto-

más difícil estudio y de mayor dificultad también de comprobación en la práctica; nos referimos á la enfermedad, ó mejor dicho, á la alteración ó falta de cabal juicio en el que trate de hacer testamento. De este modo, en concepto más comprensivo, calificamos la causa de incapacidad, que algunos tratadistas y legislaciones erróneamente tratan de referir, de modo exclusivo, á la llamada «*demencia*», á no ser que den á esta palabra el alcance que nosotros señalamos á la primera, de enfermedad ó falta de cabal juicio. La edad incompleta para testar supone normalidad de la mente, pero deficiencia de desarrollo, para poder juzgar nuestros actos; la enfermedad significa desenvolvimiento intelectual, aunque con alteración de las funciones cerebrales, un estado morboso de la mente, que produce siempre los mismos efectos, ó quizás peores, que el incompleto desarrollo de las facultades anímicas. Estimamos preferible que el Código, bajo la acción más comprensiva y elástica de la frase «*no hallarse en su cabal juicio*», haya dejado la amplitud necesaria para comprender todas las manifestaciones patológicas que la ciencia investigue y descubra con el progreso de los tiempos, como productoras de anulación de la responsabilidad humana, suficientes á conceptuar faltas de cabal juicio á las personas que las padezcan. De esta suerte, la incapacidad de testar, por tal motivo, quedará sometida á la resolución del parecer imparcial ilustrado, como es de suponer, de los facultativos, que asesorarán, bajo su conciencia, al Notario que trate de autorizar un testamento, ó á los parientes y personas allegadas al testador, con el objeto de evitar en el día de mañana siempre deplorables contiendas acerca de vicios mentales de persona querida, mucho mejor ignorados, y las consiguientes contrariedades de un litigio enojoso entre personas unidas por vínculos de la sangre.

Ya haremos notar en su lugar debido la diferencia de lenguaje entre los artículos 663, 664 y 665, aun refiriéndose los tres á una misma clase de personas incapaces. Por ahora nos basta averiguar qué clases se conocen de enfermedades que privan del *cabal*

---

decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere; plus arbitror etiam si pridie kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum; iam enim complesse videtur annum quartumdecimum ut Marciano videtur.

juicio, y que, por lo tanto, privan también de testamentifacción activa á los influídos por ellas.

Todos los autores de Medicina legal convienen en la necesidad de adoptar una palabra que genéricamente comprenda en totalidad las causas de enfermedad que determinen incapacidades, tanto en el orden civil como en el penal, por ser tan diversa la nomenclatura empleada en los distintos Códigos y muy dado á dificultades y dudas transcendentales el saber si un especial estado de razón enferma debe considerársele virtualmente encerrado en los conceptos legales adoptados como norma de incapacidad mental general. Ni el Derecho Romano, con sus denominaciones de *morbus, vitia, infirmi, furiosi, mentecapti*, ni la legislación patria con las más expresivas frases de *no estar en su memoria ó en sexo, salido de memoria, desmemoriado, non sano de entendimiento, furioso, loco, fuera de sexo, embriagado, que se levanta durmiendo é toma armas para ferir, mudo, sordo de nascencia*, ni aun los Códigos penales de 1821 y 1870, con las calificaciones de *loco ó demente, imbécil y loco*, señalan la idea de unidad y género que buscamos.

Quizá en esos tiempos, principalmente los anteriores al presente siglo, bastante hacían los legisladores con dar cabida en sus preceptos á todas las formas de anormalidad psíquica que la práctica les presentaba como dignos de constituir incapacidades civiles ó del orden criminal. Pero según los descubrimientos y progresos que hoy revela la ciencia médico-legal y la mayor é indudable influencia que el derecho recibe de todas las ramas del saber, por extrañas que le parezcan, por virtud de las evidentes, aunque parciales, ventajas del método positivo, tan interesante y transcendental problema no puede en el día tratarse con la estrechez de horizontes y criterio elemental con que en otras épocas los mismos antropólogos y legistas lo estudiaban.

Dice con verdad el insigne tratadista Mata, en su *Tratado de Medicina y Cirugía legal teórico y práctico* (1), que tanto en unos como en otros Códigos aparece, en punto á la denominación de ese deplorable estado del hombre que ha perdido el uso de la razón, cierta vaguedad y obscuridad que no puede conducir, en la práctica del foro y aplicación de esas disposiciones, más que á

(1) Tomo II, pág. 229.

dudas y acaso á arbitrariedades. Y más adelante, al hacerse cargo de la necesidad de emplear un término comprensivo que indique en las personas la falta de cabal juicio, añade que cualquiera palabra ó frase es buena, desde el momento que se conviene en el sentido que se le haya de dar, aunque hay algunas que tienen la sanción común y general, que son tradicionales, que están en el ánimo de todos, que todos las comprenden del mismo modo; pareciendo, en consecuencia, la palabra *locura*, entre otras muchas que con tal objeto se designan, la más vulgar, la más tradicional, la más conocida, la más al alcance de todos, la de un sentido evidente, pues las casas donde se encierran los faltos de juicio se llaman *de locos* y la primera palabra que brota de todo labio, al calificar al que comete actos ó dice palabras de un hombre que ha perdido la razón, es la de *loco*, generalmente aplicable á toda suerte de alteraciones mentales. De esta opinión son los autores que de Medicina legal hemos hojeado, y á ella, igualmente, suscribimos nosotros, por estar la primera, asimismo, en correlación con las ideas que hace tiempo venimos sosteniendo. La frase, pues, del art. 663, núm. 2.º, de *no hallarse en su cabal juicio,* debemos considerarla, para los efectos del comentario, equivalente á la de *hallarse padeciendo de locura,* si bien dando á esta última palabra todo el valor técnico y comprensión genérica de que antes hemos hablado.

Entre las clasificaciones de enfermedades mentales, ó sea de locura, juzgamos más clara, para nuestro objeto presente, la que el citado Mata expone en su referida obra. Algunos médico-legistas, como el famoso Casper, enumeran hasta sesenta y ocho y más clases de locura. El insigne Mata dice que la falta de razón se extiende, en Medicina legal, no sólo á todos los locos, vulgarmente llamados, sino á muchos que no son considerados como tales, es decir, á todos los que no tienen razón íntegra; y, en tal sentido, pueden dividirse en: locos idiotas, locos imbéciles, locos dementes, locos maníacos y locos monomaníacos. La idiocía y la imbecilidad son formas congénitas, aunque producidas por perversión y trastorno de las facultades anímicas. La idiocía representa un tipo negativo, de completa falta de desarrollo de la masa cerebral. La imbecilidad comprende un tipo de desarrollo incompleto de aquélla y presenta varias especies, dependientes siempre del mayor ó menor número de facultades que faltan y

del grado funcional de las que existen, lo cual es accidental. La demencia, según el Sr. Escriche, se caracteriza por la pérdida de la memoria y la extinción del pensamiento, y puede ser aguda, crónica, senil ó paralítica. La manía aguda ó crónica, continua ó con intervalos lúcidos más ó menos prolongados, es la que padece una persona dominada por ideas falsas é incoherentes, por ilusiones de los sentidos y por rápidas alucinaciones, ó por un delirio compuesto de una idea exclusiva, á cuyo alrededor se agrupan todas las ideas desordenadas del paciente, ó por una lesión pronunciada que fija la atención del enfermo y de los que le observan. Presenta diversos temas descollantes. Si es triste se llama *lipemanía*, si alegre *keromanía, licantropía* si el loco se figura ser este ó aquel animal, *demonomanía* si el tema rueda sobre los espíritus malignos, *parálisis general* si es el delirio de las grandezas, acompañado de disturbios en la locomoción, etc.

La monomanía es inofensiva ó agresora. La primera tiene formas infinitas, dependientes de la idea ó sentimiento extraviado del sujeto. La segunda puede reducirse á las siguientes: *monomanía homicida,* que tiende á matar; *antropofágica,* que impulsa á comer carne humana ó á alimentarse de su sangre; *suicida*, que conduce á atentar contra si mismo; *incendiaria ó priromanía*, que conduce é incendiar; *adquisitiva, kleptomanía,* que conduce á robar; *erótica,* que conduce á los atentados contra el pudor; *necromanía,* que impulsa á desenterrar y profanar sepulcros y cadáveres; *dipsomanía,* que inclina á abusar de las bebidas alcohólicas. La monomanía puede ser también aguda ó crónica, continua ó intermitente.

El idiota suele tener su cerebro deforme, achatado en la frente ó voluminoso; su cara estúpida, sin expresión; su cuerpo pueril, escrofuloso, raquítico, por lo común. El imbécil tiene también el cráneo imperfecto, fisonomía boba; semblante pueril y su cuerpo puede ser defectuoso, aunque no siempre. El demente no atiende ni percibe bien, ni recuerda, ni raciocina y es indiferente á todo; habla sin ilusión; otras veces repite siempre las mismas palabras ó frases; en su cráneo y en su cuerpo no hay nada característico, ...mo no sea a consecuencia del curso de la enfermedad. El ma...ático padece de desorden en todas sus ideas y afectos; así puede ...ardar silencio obstinado, como proferir en charla eterna; des...rrar en lo que dice, como raciocinar fundándose en premisas

delirantes; tampoco hay nada de particular en su cuerpo y cráneo, como no sea efecto del propio mal. La monomanía es la misma manía en un orden determinado de ideas ó afectos, estando el que padece la primera, respecto de todos los demás órdenes, en su razón; fuera del tema delirante que le domina, parece cuerdo; su locura es parcial. Los monomaníacos inofensivos deliran, aunque discurran bien, partiendo de su premisa loca, como los que se creen poetas, músicos, dioses, reyes, animales, etc. Los monomaniacos agresores, por punto general, no deliran de idea, tienen la inteligencia íntegra; el delirio reside, no en ésta, sino en un instinto ó sentimiento, que está abolido, exagerado ó pervertido.

Hacemos estas referencias, de la manera más ligera y superficial que nos ha sido posible, á los tratados de Medicina legal, porque las conceptuamos indispensables para la interpretación del núm. 2.° de nuestro art. 663, que, sin ellas, sería muy difícil entender, porque la frase «*falto de cabal juicio*» tantas ideas abarca, que resulta verdaderamente imposible explicarlas y preveerlas sólo con el auxilio de los conocimientos jurídicos. He aqui por qué en toda esta materia es de todo punto necesario al jurisconsulto en su profesión, y á los Tribunales en la práctica, no separarse del ilustrado concurso de las ciencias médicas, con el cual podrán siempre resolver los casos concretos que se presenten, para haber ó no de incluir en el cálculo de comprensión del expresado concepto general una determinada anormalidad mental que se observe en el testador.

Con arreglo á tales consideraciones generales, muy ciertas y cada vez más comprobadas por la experiencia, se dilucidarán los problemas planteados por los tratadistas, de si el sonámbulo, el dominado por pasiones vehementes, el suicida, el ébrio, el epiléptico, el apoplético, el que testa en la misma última hora de su vida, etc., etc., son capaces de testar con conocimiento perfecto de lo que van á hacer y de su transcendencia. La contestación que siempre habríamos de dar nosotros al examinar individualmente cada uno de dichos problemas, y la que dan, en efecto, los especialistas en la materia, sería siempre la misma, la de estudiar y comprobar si en cada caso existe el cabal juicio de la persona sujeta á observación, para resolver, en consecuencia, lo más acertado y justo. Y esto, ¿quién mejor puede y debe hacerlo que

el más versado, por razón de sus aptitudes y especiales conocimientos, ó sea el facultativo, cuando la comprobación precede al otorgamiento del testamento? Y, si de anular éste se trata, el mismo dictamen pericial, fundado en extremos observados por los mismos médicos ó alienistas en vida del testador ó en deducciones que ofrezcan el conocimiento de referencia de actos de la vida de aquél, será de primordial interés, combinado con las declaraciones testificales, con el mismo examen del documento testamentario y con cualquiera otro medio de prueba adecuado.

Respecto del testamento hecho momentos antes de la muerte del testador, no carecemos de precedentes en nuestro Derecho patrio. Véanse las dos últimas leyes del *Fuero Viejo de Castilla*, que quedan anotadas antes de este *Comentario*, y de ellas se deducirá la idea de restricción que creyó deber imponer el legislador al que *fuera doliente ó estuviera alechigado de enfermedad, acuitada de muerte* no permitiéndole testar más que hasta el quinto de sus bienes. Creemos nosotros que el testamento otorgado en tales circunstancias es válido, siempre que se alegue y pruebe tal extremo. Juzgamos muy defendible, justo y razonado el espíritu de las antedichas leyes del *Fuero Viejo de Castilla*, y por eso estimamos que pueda constituir motivo de incapacidad en la testamentifacción activa la última enfermedad, cuando es tan próxima á la muerte y cuando de tal modo anule ó desvanezca la inteligencia del testador que le ponga al nivel del irresponsable ó loco, en el genérico sentido de esta palabra. En todo caso, repetiremos siempre que el núm. 2.° del art. 663 está concebido en términos bastante amplios, para hacer con ellos compatibles todas las causas de trastorno mental, aunque no sean propiamente locuras (y en el ejemplo referido ya comprenderemos con cuánta exactitud se puede decir que el testador pasó del estado de razón al de locura, desapareciendo, por efecto del padecimiento, la lucidez de su inteligencia); siempre que efectivamente contribuyan, sin duda alguna, á producir la falta del cabal juicio. Encontramos, por lo tanto, equivocado el criterio del Sr. D. Rafael Ramos, en su ya citado Tratado de las suiones, al afirmar que entre las causas de nulidad no menciona Código la que comprende el testamento otorgado en la última ermedad. Tampoco menciona la del sonámbulo, la del borra-, la del monomaníaco; y, sin embargo, nadie negará que á

todos éstos les falta su cabal juicio para poder debidamente testar. Insistimos una vez más en que lo que precisa comprobar es si existe aquella normalidad mental que, con muy buen acuerdo, pide el Código en frase general y deducir la incapacidad cuando la primera no exista, cualquiera que sea el motivo que haya producido tal resultado. Por esto son tan corrientes é indispensables, tratándose de los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte del testador, á que se refiere el art. 700 del Código, cuando, por acto de jurisdicción voluntaria, van á elevarse á escritura pública, las preguntas que ha de hacer el Juez á los testigos, de si aun hallándose el testador muy próximo á sucumbir, al parecer, gozaba, no obstante, de completa lucidez en sus facultades intelectuales, dándose cuenta de lo que hacía.

Téngase muy presente que abundan hoy, por desgracia, actos forzados de última voluntad, provocados por personas, al parecer, muy amantes del moribundo, que, ni aun ante los augustos momentos de la última hora, saben supeditar sus egoístas y bastardos impulsos de interés á los de legítima compasión y duelo que produce el espectáculo de una cámara mortuoria, y proponen fría y desconsideradamente al que está en las agonías de la muerte lo que desean que aparezca como su última voluntad, exigiendo sólo de aquél un obligado y apenas perceptible monosílabo de contestación, en conformidad casi siempre con los deseos de los preguntantes, que habilidosamente le interrogan, ya previniendo la respuesta, y no quedando la plena seguridad de si el agonizante ha proferido uno de dichos monosílabos ó, por el contrario, un suspiro ó gemido propios del padecimiento que le aqueja. ¡Quién fuera capaz de contar las disposiciones testamentarias que de propósito se dejan para última hora, con el objeto de aprovechar los beneficios del expresado art. 700, sin que haya de molestar la presencia del inoportuno Notario, y en cuyas circunstancias el testador, pendiente de la salvación del alma, que siempre entonces, y dígase lo que se diga, es lo que principalmente preocupa y sobrecoge el ánimo, y atormentado por los desfallecimientos y torturas corporales, muy poco ó nada es lo que le importa el destino que ha de darse á su fortuna después de la muerte, por lo cual complace sin trabajo á los oficiosos y despiadados parientes y amigos que le rodean con cariño bien

mentido y según las indicaciones que en ellos confusamente descubre!

No tememos tanto las consecuencias de que, por virtud de las antedichas observaciones y otras muchas más que pudieran aducirse, se amplíe convenientemente la esfera de comprensión del apartado del art. 663 que comentamos, haciendo imposible el testamento de los que real y efectivamente no gocen de un *cabal* (completo y perfecto) *juicio*, como son de temer tratándose de la ciencia penal, merced al insano influjo de las tendenciás científicas del positivismo, que ve en casi todos los criminales, privados de razón, haciendo nula, ó poco menos, la responsabilidad humana: pues, aunque en el fondo la testamentifacción y la delincuencia exigen igualmente, como requisito esencial, la capacidad intelectual, ni ésta ha de demandarse en igual grado tratándose del delincuente como del testador, ni son tan irreparables los resultados de una mayor ó menor tolerancia ó rigorismo en un caso que en otro. Es preferible siempre una sucesión *ab-intestato*, moldeada, como sabemos, por el legislador según la dirección é intensidad del cariño y afecciones entre los hombres, á los peligros y sospechas que produce un testamento dictado por persona de dudoso juicio al tiempo de otorgarlo. Y, en cambio, la impunidad en el orden criminal no tiene nunca supletorio remedio que amengüe los desastrosos efectos que, en el mantenimiento del orden jurídico y en la tranquilidad social, produce.

Declaran las sentencias de 18 de Septiembre de 1865 y 4 de Octubre de 1871 que no puede decirse que existe una prueba documental de la capacidad del testador sólo por haberse apreciado en el testamento que tenía aquél despejadas sus facultades intelectuales, cuando los testigos de dicho acto declaran después en sentido contrario.

No estamos nosotros muy conformes con las deducciones que algunos comentaristas sacan de la jurisprudencia respecto al que suponen cambio ó modificación que el Código produjo en la legislación anterior, declarando de plano la habitualidad ó accidentalidad del estado de incapacidad mental, para expresar que l heredero ó interesado en la herencia no necesita hacer valer icho motivo de incapacidad, por estar ya terminante el art. 665, ie determina las precauciones que han de adoptarse cuando rate de testar un demente en un intervalo lúcido. Opinamos que

dicha jurisprudencia, aplicable lo mismo al Derecho anterior que al Derecho vigente, se refiere á los testamentos ya otorgados, los cuales, después de fallecido el testador, pueden combatirse por la acción de nulidad, acreditando el impugnador la incapacidad intelectual del que lo otorgó; sin lo cual se entenderá válido y producirá todos sus efectos jurídicos; porque lo normal es siempre la regularidad de las funciones mentales en el individuo y lo excepcional la falta ó imperfección de la razón.

Aun teniendo aspecto de interés público todo lo que atañe á la testamentifacción activa, si el heredero y demás partícipes de la herencia ó los que pudieran tener su condición jurídica relacionada con el testamento, implícitamente acatan la validez de éste, en todas sus partes, no es procedente ni posible que cualquiera tercera persona, á no ser el Estado por lo referente á las sucesiones que, en su día, pudieran llegar á declararse vacantes, se convierta en denunciadora de incapacidades ó irregularidades, siempre que no mediare la suposición de la existencia de un delito público. Y las contingencias que prevé el art. 665 se refieren á los que van á otorgar testamento, no á los que lo han hecho ya. El art. 3.616 del Código de la República Argentina expresa perfectamente nuestra opinión en cuanto dice: que la ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario; al que pidiese la nulidad del testamento le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones; pero si el testador, algún tiempo antes de testar, se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo otorgó en un intervalo lúcido.

De otras incapacidades hoy abolidas.—Han desaparecido ya de nuestro Derecho civil las incapacidades relativas á los pródigos, pues éstos hoy, según la importantísima declaración del art. 32, conservan lo mismo la personalidad civil, que sólo se extingue por la muerte, y son susceptibles de derechos y aun de obligaciones, cuando éstas nacen de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero; y la declaración de prodigalidad, según el artículo 221, alcanzará sólo á los actos que se determinen en la sentencia, sin que el Juez pueda nunca llegar á comprender el de la prohibición para testar, por no extenderse sus facultades á tanto como infringir abiertamente prescripción tan terminante

del Derecho como lo es la del art. 662 del Código, que faculta para testar á todas aquellas personas á quienes la ley no lo prohíbe *expresamente*, lo cual, como hemos visto, no sucede con los pródigos.

Tampoco reza la prohibición con los herejes, por virtud de la muy distinta legalidad religiosa actual, comparada con la vigente en tiempos del Rey Sabio, ni con los traidores, ni con los tomados en rehenes por el enemigo, ni con el hijo de familia constituído aun en patria potestad, ni con el sujeto á interdicción civil ó á la pena de muerte; prohibición esta última que ya se anticipó á derogar, con excelente humanitario acuerdo, la *ley 4.ª de Toro*, que es la *3.ª, tít. XVIII, libro décimo de la Novísima Recopilación*.

No ha habido necesidad de hacer en esta parte del Código declaración alguna respecto á los extranjeros, por los muy claros preceptos de Derecho internacional privado incorporados á aquél, y que resuelven todos los casos generales que pudieran ocurrir. Del propio modo que, según el art. 9.º, las leyes relativas á la capacidad legal de las personas obligan á los españoles, aunque residan en el extranjero, así es de suponer muy fundadamente que todas las legislaciones, con respecto á sus nacionales, hagan igual declaración; por lo que es ya hoy máxima comúnmente aceptada la de que se regirá por el estatuto personal todo lo que se refiera á la expresada capacidad legal. Añade el párrafo 2.º del art. 10 que las sucesiones legítimas y testamentarias, así respecto al orden de suceder como á la cuantía de los derechos sucesorios y á la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren. Las formas y solemnidades de los testamentos, según el art. 11, se regirán, sin embargo, por nuestras leyes, cuando sean extranjeros los otorgantes. Téngase, además, presente que, por el art. 27, los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles de las demás Naciones conceden á los españoles, salvo lo dispuesto en el art. 2.º de la Constitución l Estado ó en Tratados internacionales.

De la capacidad para disponer «mortis causa» de los religiosos ›fesos.—Muy significativa es la omisión que la edición segunda l Código hizo, en esta parte, de otro motivo de incapacidad

para testar, que la primera edición comprendía bajo el concepto de *religiosos profesos de órdenes reconocidas por el Concordato*. Y tan importante es dicha omisión como que supone, según el terminante precepto del art. 663, que, por razones de religión, ninguna queda en el día de hoy privada de la testamentifacción activa. A todo lo más, subsistirán las restricciones que la legislación eclesiástica conserva, porque no ha de olvidarse que el Código civil respetó en un todo aquélla, disponiendo al efecto en el art. 38 que la Iglesia, en cuanto á la facultad de adquirir y poseer bienes de todas clases, así como de contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles ó criminales, se regirá por lo concordado entre ambas potestades.

Ninguna justificación más explícita y elocuente pudiéramos dar del transcendental cambio advertido sobre el particular en esta segunda edición del Código, que las razones expuestas por la Comisión redactora del mismo en la Exposición de motivos que precede á la edición reformada. «Por no apartarse la Sección de nuestro antiguo Derecho, había aceptado la prohibición de heredar y de hacer testamento impuesta á los religiosos ligados con votos solemnes de pobreza en las Órdenes monásticas. Pero han cambiado, con gran provecho de todos, las relaciones entre ambas potestades, ó sea entre la Iglesia y el Estado; las Órdenes monásticas han sido permitidas ó toleradas, y al punto ha surgido la duda de si con ellas debían estimarse restablecidas las antiguas incapacidades para testar y adquirir por sucesión y herencia. La Sección, como queda dicho, optó por la afirmativa, considerando que esta solución sería más conforme con el Derecho canónico. Pero obispos respetables que han levantado su voz en el Senado, y otros insignes oradores pertenecientes á partidos diversos, y por diferentes y aun contradictorios motivos, han pedido la solución contraria, estimando que, restituída la facultad de adquirir y poseer á las Comunidades religiosas, se cumplirá en todos sus puntos el Derecho canónico y habrá la igualdad debida entre todos los ciudadanos, sin distinción de profesión y estado, de eclesiásticos y seglares. La Sección, prestando atento oído á estas consideraciones, y deseando marchar siempre de acuerdo con los dignos prelados de la Iglesia, después de reconocer á los monasterios el derecho de adquirir, ha suprimido entre las incapacidades para testar y para suceder, la de los re-

ligiosos ligados con votos solemnes.» Aunque la contradicción en los autores de tales párrafos es evidente, pues las antedichas razones y antecedentes históricos que las justifican, lo mismo las podían haber tenido en cuenta al redactar la primera edición del Código, es de elogiar el último acuerdo adoptado, que pone bajo un criterio de mayor justicia y un estado de derecho más conforme con el espíritu social, problema de tanta importancia como lo es el de la testamentifacción de las personas religiosas.

Por el Derecho anterior al Código, la legislación relativa á tal extremo era muy diversa. Ya vemos en las leyes de Partida y del Fuero Real, anotadas en los *Precedentes legales*, cómo sentaban en absoluto la prohibición de testar á los que ingresaban en vida religiosa, de conformidad con lo que luego dispuso el Concilio Tridentino, en la sesión *25, de Regulares, cap. XVI*, que prohibe testar á los que, habiendo abrazado el estado religioso, hubiesen ya profesado, permitiéndoseles sólo durante el año de noviciado testar y renunciar sus bienes con licencia del obispo ó su vicario general en los dos meses anteriores á su profesión. Tal prescripción fué modificada más tarde por el *Breve* de Pío VI, mandando ejecutar el de *10 de Febrero de 1784* y que se inserta en la *ley 9.ª, título XVIII, libro I de la Novísima Recopilación*, en que se concede á los regulares, capellanes del ejército y armada la facultad de disponer de sus bienes adquiridos con motivo de su empleo y durante él, así en vida como en muerte, en favor de cualquiera persona, pero con tal que dejen alguna manda para destinos piadosos. También se permitió testar á los religiosos de la Orden de San Juan de Jerusalén, llamados Caballeros de Malta, ya sean bailíos, comendadores, priores ó capellanes de encomiendas, ya estén en el claustro, ya con el empleo fuera de su convento, ya en sus casas, siempre que obtengan licencia del Gran Maestre.

Los religiosos secularizados y exclaustrados tuvieron asimismo testamentifacción activa; los primeros desde la secularización, y los segundos desde la exclaustración, según decreto de las Cortes de 26 y 29 de Junio de 1822, el que, aun derogado por Real resolución de 13 de Enero de 1824, declarando no válidos los testamentos hechos antes, fué nuevamente restablecido por la ley de 29 de Julio de 1837, cuyo art. 38 concedió á los secularizados y exclaustrados el poder hacer testamento y ser nombrados herederos.

Por el art. 38 de la ley de 8 de Marzo de 1836 se permitía testar á las monjas que continuaran en los conventos respetados. El Concordato de 1851, sin embargo, derogando la ley de 29 de Julio de 1837 ya citada, dió á entender que las religiosas no podrían testar individualmente, sino solamente la comunidad; así lo vino á declarar el Real decreto de 19 de Septiembre de 1867. El de 25 de Julio de 1868, dictado de acuerdo con el Nuncio de Su Santidad, dispuso en su art. 1.° que se declaraban válidos y subsistentes todos los actos de dominio que las religiosas profesas hayan ejercido individualmente á consecuencia de las disposiciones de 29 de Julio de 1839, desde su publicación hasta el día, produciendo aquéllos todos los efectos legales, dándose por el artículo 3.° un plazo de tres meses para disponer de los bienes hasta entonces adquiridos y declarándose nulas las adquisiciones que después se hiciesen, aunque otorgando á las comunidades en colectividad la facultad de adquirir y poseer según las leyes canónicas. El decreto-ley de 15 de Octubre del mismo año de 1868 vuelve á restablecer la ley de 1837. Por último, la Real orden de 24 de Febrero de 1876, al disponer que los registradores de la propiedad calificarán por sí, bajo su responsabilidad, los títulos que se presenten á inscripción otorgados por las religiosas profesas individual ó colectivamente, viene á restablecer ó dejar subsistente la legalidad de 15 de Octubre de 1868, y por tanto, la ley de 1837, que fué lo vigente respecto á la testamentifacción, tanto activa como pasiva, de las monjas, hasta el momento en que empezó á regir nuestro Código civil; y así lo viene á reconocer indirectamente la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Noviembre de 1871, al declarar que la ley del Fuero Real, limitada á prevenir que la mujer que entrase en religión pueda hacer testamento dentro de un año, fué derogada por el *art. 16, sesión 16 del Concilio Tridentino, De regularibus,* y este capítulo lo ha sido también por la ley de 29 de Julio de 1839 y por el art. 1.° del Real decreto de 25 de Julio de 1868.

Los arzobispos y obispos, según la *ley 8.ª, tít. XXI, Partida 1.ª,* no podían tampoco testar de las cosas adquiridas *intuitu Ecclesiae,* ó sea de los bienes llamados profecticios, que constituían el peculio de los clérigos. Mas el Concordato de 1851, en sus artículos 31 y 32, confirmando una Real orden de 30 de Abril de 1844, les permitió testar de todos sus bienes, cualquiera que

fuera la procedencia, con excepción de los ornamentos sagrados y pontificales, que son propiedad exclusiva de la Iglesia y quedan reservados para el sucesor en la mitra.

De suerte que la única incapacidad absoluta para testar que existía en el antiguo Derecho, y que se respetó siempre inquebrantable, fué la de los religiosos profesos que viven en clausura y observando vida regular, ligándose solemnemente al voto de pobreza, cuya incapacidad mantenía asimismo el proyecto de Código de 1851, en su art. 601, y la edición anterior del presente Código, que á ellos exclusivamente se refería al privar de la testamentifacción activa á los religiosos ligados con votos solemnes de pobreza en las Ordenes monásticas. Así es que dicha edición respetaba la legislación vigente acerca de las demás personas religiosas que quedan enumeradas, y mantenía del propio modo lo estatuído por la Iglesia y la potestad civil acerca de los religiosos en clausura, que hoy tienen capacidad para testar, no sólo por el precepto general del art. 662, sino por el hecho significativo de haber desaparecido la mención que de ellos se hacía en la anterior edición del Código y por las explicaciones de valor oficial que la Comisión redactora expone en el preámbulo escrito para justificar la razón y alcance de las últimas modificaciones.

No pueden referirse, por tanto, las reglas del Derecho transitorio más que al intervalo de tiempo comprendido entre el 1.° de Mayo de 1889 y el 24 de Julio del propio año.

*
* *

De la capacidad para testar en el derecho foral.—Algunas especialidades encontramos en el Derecho foral acerca de la testamentifacción activa. En Cataluña, por estar vigente en gran parte la legislación romana, se deniega aquélla á los impúberes, ó sea á los varones de catorce años y hembras menores de doce, los cuales sólo pueden disponer de los bienes que constituyen sus peculios castrense y cuasi-castrense, en los que son tenidos como padres de familia, no pudiendo disponer de los que componen los [peculios] profecticio y adventicio, por los derechos que en éstos [tie]ne el padre. También son incapaces los locos, los pródigos en [ab]soluto y los sordo-mudos, á no ser que puedan escribir; de la [pro]pia suerte que el condenado á muerte natural ó civil. El que

contrae matrimonio incestuoso sólo puede otorgar testamento en favor de sus próximos parientes.

En Navarra hay las mismas incapacidades que en Cataluña, á excepción de las dos últimas señaladas, si bien los menores de edad, varones y hembras mayores de catorce y doce años respectivamente, pueden disponer de todos sus bienes, sin que haya de tenerse en cuenta la clasificación de los mismos por razón de los peculios.

Los demás países forales no se separan, en cuanto al particular, del Derecho común, y, siendo igualmente aplicables las reglas del Derecho internacional á las personas que proceden de dichos países, en cuanto á la capacidad para otorgar testamento, siempre que este acto se realice en las provincias regidas por la legislación común, según estatuye el art. 15 del Código, en sus diversos apartados, deben de tenerse muy presentes las referidas especialidades forales para los casos que ha de ofrecer la práctica.



Aunque las personas que expresa nuestro art. 663 están incapacitadas para otorgar testamento, pueden los padres y ascendientes de las mismas nombrarles sustituto. De esta suerte, aquel que por la ley esta llamado á ejercer la patria potestad ó la tutela, cumple las veces del incapaz por lo que respecta á la sucesión de este último. En efecto; dicen los artículos 775 y 776 del Código, comprendidos en el Tratado de la sustitución, que los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos á sus descendientes menores de catorce años de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad, y el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme á derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. Se entiende que al falto de juicio cabal, menor de catorce años, se le hace la sustitución en concepto de hijo de familia y no como enajenado, es decir, su padre ó ascendientes otorgan en su favor la sustitución llamada pupilar y no la ejemplar.

De los preceptos transcritos se deduce que sólo al declarado incapaz por resolución firme es á quien terminantemente le está prohibido hacer testamento. Si no es posible legalmente nombrar tutor á los locos y dementes mayores de edad sin que preceda la

declaración de que son incapaces para administrar sus bienes, según el art. 213 de nuestro Código, parece que, con más justificado motivo, ocurrirá lo propio tratándose del otorgamiento de testamento, en el que se verifican diversos actos de transmisión de dominio, comprendidos, por tanto, en el concepto general de *administración de bienes* que cita el referido art. 213. La cuestión, sin embargo, no presenta solución clara, porque, por encima de tales consideraciones, se halla, como evidente, la de que en testamentos en que intervenga Notario no podrá éste, salvando con perfecto derecho su responsabilidad y cumpliendo con lo que le ordenan la ley y Reglamento del Notariado, autorizar actos otorgados por persona visiblemente incapaz, aun bajo su juicio profano, lo cual, por los resultados, equivale á una verdadera prohibición de testar contra el loco que se halle en el referido caso, y por tanto, no declarado tal por resolución judicial. El art. 685 del Código dice que el Notario y los testigos procurarán asegurarse de que, á su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, siendo responsable el Notario, según los artículos 705 y 715, de los daños y perjuicios que sobrevengan por la declaración de nulidad de un testamento, ocasionada por no haberse cumplido las solemnidades y formalidades establecidas para los testamentos abierto y cerrado, si la falta procediese de malicia, negligencia ó ignorancia inexcusables. Y no creemos que, á pretexto de que al Notario le esté vedado decretar indirectamente incapacidades que sólo la ley reconoce en declaración terminante, ninguna legislación pueda obligar á dichos funcionarios, depositarios de la fe extrajudicial, á intervenir forzosamente en la autorización de testamentos cuya nulidad se pueda anticipar por el estado mental del sujeto otorgante, nulidad, repetimos, que puede afectar á muy valiosos intereses de terceras personas, pero que á ellos individualmente también interesa, por la pureza de su dignidad profesional y por la integridad, asimismo, de su peculio, llamado á garantir las responsabilidades que contraigan en el ejercicio de su cargo. Claro es que ıntenemos la expuesta opinión con referencia á los casos en que le presente clara é indudable al Notario y los testigos la incacidad mental del testador. Si mediara una racional duda, nos'os aconsejaríamos la intervención, aunque oficiosa, prudente, facultativos que asesoraran á todos de las condiciones fisioló-

gicas en que se encontrara la persona que desea testar, de manera análoga á lo que ocurre con el loco que haya de otorgar testamento en un intervalo lúcido.

Por último, un fallo del Tribunal Supremo de 5 de Octubre de 1887 sostiene que la sentencia dictada en causa criminal declarando exento de responsabilidad al procesado por ejecutar el hecho en ocasión de tener perturbada su razón, no puede producir efectos en el pleito que se siga sobre la validez ó nulidad de su testamento, en el cual consta que se hallaba en su cabal juicio cuando lo otorgó; cuya teoría confirma, hasta cierto punto, la solución que anteriormente proponíamos, por cuanto da á entender una amplitud de criterio y una norma de resolver las cuestiones que afectan á la incapacidad para testar, diversa de la que rige en la regulación de otros actos jurídicos ó que influye en responsabilidades de otro género.

ART. 664. El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

Concordancias.—Igual al art. 738 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, título I, ley 13.ª*—(Véase en los artículos anteriores.)

ART. 665. Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos Facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los Facultativos además de los testigos.

Concordancias.—Análogo al art. 600 del proyecto de Código de 1851 y al 739 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 664 Y 665. —Realmente el artículo 664 era innecesario en el Código, porque el testador que aún no ha caído en el estado de enajenación mental, no es loco, y, por tanto, si ha pasado de la edad de catorce años, tiene testamentifacción activa, quedando sujeto á la regla general del artículo 662.

El estado mental perfecto se requiere en el momento de otorgarse el testamento, y no en el de la muerte del testador; porque no es el segundo, según ya tenemos dicho al combatir una terminante afirmación del Código, el momento esencial que determina el hecho de la sucesión, aunque se exija como imprescindible. Todos los trastornos que en la inteligencia y voluntad del testador puedan después ocurrir, una vez otorgado el testamento en estado de perfecta sanidad, son indiferentes á los derechos ó esperanzas de derecho nacidas y á las obligaciones que en lo sucesivo puedan resultar por el hecho de la transmisión *mortis causa*. Aunque la voluntad del testador es *ambulatoria usque ad mortem,* y aquél pudiera legalmente variar cuantas veces se le antojase su primera disposición, no había de supeditar la ley á esta problemática circunstancia la validez de lo que en un principio quiso dicho testador que se tuviese como su póstuma voluntad, publicada con todos los requisitos y solemnidades exigidas.

El Código chileno, en su art. 1.006, expresa bien concretamente la doctrina jurídica respecto al particular cuando dice: «El testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad. es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa, y, por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de estas causas de inhabilidad.» Es decir, que el estado de locura sólo afecta á la testamentifacción activa momentáneamente, en el acto del otorgamiento del testamento. Creemos que será ociosa y redundante toda otra explicación que se dé al art. 664.

Ahora bien: el incapacitado de la mente puede encontrarse en un intervalo de lucidez, durante el cual recupera la normalidad de sus funciones intelectuales y se convierte en sujeto capaz para da clase de actos jurídicos. La ciencia médica y la experiencia aria confirman ese momento de lucidez, que ya las legislacios más antiguas, principalmente la romana, tenían muy en enta al regular la teoría de la capacidad jurídica de la testa-

mentifacción. Dicen, en efecto, la *Instituta* del Emperador Justiniano, § *1.°, tít. XII, libro segundo, y el § 4.°, ley 20, tít. I, libro XXVIII del Digesto,* que el testamento hecho por un loco en un intervalo lúcido es válido, y con más razón el otorgado antes de su locura *(testamentum quoque quod ante furorem consumavit valebit),* porque la locura que sobreviene no destruye el testamento ni ningún otro acto válidamente ejecutado; explicando los autores la razón de tales preceptos, al decir que el loco goza del derecho de hacer testamento, y, sólo por razón de esta enfermedad, está imposibilitado de poder hacerlo.

El *Fuero Juzgo* afirma que los locos que *en alguna hora ovieren sanidad, lo que ficiesen en aquel tiempo de sus cosas debe ser establecido.* Igual declaración se deduce de la *ley 13, tít. I, Partida 6.ª,* y hasta *la 11, tít. V de igual Partida* deja sin efecto las sustituciones testamentarias cuando el loco ó desmemoriado, á quien se le nombró sustituto, recupera sus facultades. Del propio modo, no existe legislación extranjera que no contenga idénticas declaraciones, en una y otra forma.

El art. 665 tiene aplicación tanto á los locos declarados tales por los Tribunales, como á los no oficiales, digámoslo así, según la teoría que sustentamos al comentar el art. 663.

Tratándose especialmente de monomanías, puede equipararse al intervalo de lucidez aquel estado en que el monomaníaco piensa y obra con completa cordura, siempre que para nada le aludan al objeto ó motivo de esas alucinaciones mentales. A este propósito dice el ilustre Mata, en su referido *Tratado de Medicina legal (tomo II, § 471),* que para determinar si el monomaníaco puede heredar, administrar bien, velar los intereses de la familia, se hace indispensable individualizar, especificar la monomanía, que es una enfermedad de muchas formas, un verdadero Proteo. En efecto, un sujeto puede figurarse el mejor de los poetas, el mejor de los músicos, y bajo este aspecto ser objeto de ridículo y lástima, un infeliz, un monomaníaco; sin embargo, sería una injusticia negarle la herencia; puede muy bien cuidar de sus negocios, velar por su familia; se resentirá su vida doméstica de ese efecto, como se resienten todas las familias de ciertos vicios, pasiones y achaques de sus miembros ó de su cabeza; pero, en globo, en el fondo, el sujeto se conducirá como cualquier cuerdo. Pues bien: si llamados los facultativos para informar res-

pecto al estado de razón de un individuo, en el acto de querer éste otorgar testamento, se encontrasen con una persona que se halle en las expuestas circunstancias, en conciencia, y obrando con toda parsimonia y cuidados, estarían obligados á afirmar la capacidad del que va á ser testador, aun hallándose sufriendo de una monomanía evidente. La misma etimología de la palabra lo indica, *monos mania*, una sola manía, un solo aspecto de la voluntad é inteligencia enfermas; todos los demás están sanos y en régimen normal. Los tratadistas médicos reconocen que las facultades espirituales pueden desequilibrarse parcialmente, sin que suceda siempre que una dolencia mental afecte total y completamente á dichas funciones. Por esto, aconseja el ya citado médico legisla que debe de relacionarse constantemente el objeto sobre que la monomanía verse con las funciones de que haya de encargarse el sujeto, aunque, por punto general, existirá la probabilidad de que no podrán los monomaníacos ser declarados aptos para testar, por ejemplo, ya que en su inteligencia hay una brecha abierta al extravío, y por lo mismo, siempre es de temer que este extravío se manifieste.

Compréndese, pues, cuán delicada puede ser la misión técnica que á los facultativos se les señala en el art. 665, y qué consecuencias tan transcendentales no producirá su dictamen en sentido afirmativo ó negativo respecto á la capacidad. Nunca recomendaremos bastante las mayores ilustración, prudencia y rectitud de proceder, para que resulte dictado un informe que merezca toda clase de garantías y confianza.

No adivinamos si la palabra «*demente*» empleada en dicho artículo 665, es ó no intencionada, es decir, si comprende todas aquellas enfermedades que afectan en totalidad á la mente, y, por tanto, si con el empleo de tal vocablo han quedado descartadas las llamadas monomanías; pero creemos, de todos modos, que no ofrece el más leve inconveniente llevar á la práctica lo que en el párrafo anterior aconsejamos respecto á la intervención de los facultativos en el acto del otorgamiento del testamento que trate de hacer un monomaníaco, á no ser que ya de antemano esté declarado por resolución judicial, total ó parcialmente incapacitado, en cuyo caso desaparece todo asomo de racional duda.

Del contexto de la disposición que comentamos se deduce que el testamento del demente hecho en intervalo lúcido es un

testamento especial, que hay que sumar á los privilegiados ó anormales que señala el Código. Por eso, algunos autores que exponen éste según el método dogmático, estudian dicho testamento entre los del sordomudo, del que se halle en inminente peligro de muerte, del que teste en tiempo de epidemia, del militar, etc.

Una sentencia de 7 de Diciembre de 1866 declara que el fallo que, en vista de la prueba practicada, estime que el testador se hallaba en la plenitud de sus facultades intelectuales en el acto de hacer su disposición testamentaria, quedando sólo privado de ella al terminarlo, y declara dicha disposición como su verdadero testamento, no infringe las leyes. Esta doctrina también, á su vez, necesita aclaración ó interpretación, porque, como dice un publicista español, si la enajenación se presenta cuando no se ha testado sobre lo que constituye la parte esencial del testamento, entonces no existe éste, sin haber necesidad de declararlo nulo ni válido; pero ocurriendo que el testamento está redactado y que únicamente falta la firma, aquél será válido, sin que proceda entonces la sucesión *ab-intestato*.

Las sentencias de 30 de Marzo de 1867, 14 de Mayo de 1867, 15 de Octubre de 1869 y 5 de Octubre de 1887, entre otras, expresan: que al establecer la ley de Partida que «*el que fuere salido de memoria non puede facer testamento mientras que fuere desmemoriado*», limita su prohibición al tiempo que dure la enajenación mental; en cuestiones de esta naturaleza, el hecho esencial que debe servir de fundamento para la aplicación de la ley es el estado intelectual en que la persona se halle al celebrar aquel acto; y no puede admitirse, de modo tan absoluto, como si fuera doctrina legal, que el demente no pueda ejercer ningún acto civil sin previa rehabilitación; antes por el contrario, en algunos casos sería opuesto á la ley de Partida citada, la cual limita la prohibición de testar sólo al tiempo en que el imposibilitado padezca la privación de su inteligencia, sin someter la calificación de su aptitud á una rehabilitación previa, y le faculta para que use de su libre voluntad en los lúcidos intervalos en que recobre la razón.

El art. 665 eleva á la categoría de precepto escrito obligatorio una muy análoga práctica que venía ya realizándose, aconsejada por la experiencia y por tratadistas españoles eminentes en la ciencia del Derecho, á saber: la de que, en los intervalos lúcidos, era

conveniente que los parientes ó las otras personas interesadas acudieran al Juez, á fin de que éste, previo reconocimiento facultativo, del que resulte la aptitud mental del testador, reciba la declaración de la última voluntad con las solemnidades ordinarias, la cual, firmada por los facultativos y testigos, se presentase á dicho Juez para su aprobación. Es verdad que la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Octubre de 1895 declaró que dicho consejo no estaba sancionado por la jurisprudencia; pero se le respetaba por la autoridad moral de los escritores que le recomendaban.

Los Códigos de Guatemala (art. 759) y de Méjico (artículos 3.416 á 3.420), dictan reglas muy minuciosas, idénticas en el fondo á las del anterior párrafo, para el caso en que un demente, durante sus lúcidos intervalos, trate de hacer testamento, haciendo intervenir también al Juez así en el reconocimiento previo facultativo del testador, como en la autorización del testamento, que suscribirá aquél con los médicos, además de los testigos y otorgante.

Es condición *sine qua non* la de que sea el mismo Notario quien designe los facultativos; así se desprende de la doctrina que establece una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Junio de 1893, la cual asimismo declara en uno de sus considerandos que, no por haberse cumplido todos los requisitos determinados en el art. 665, el testamento ha de merecer los honores de documento irrebatible y digno de plena fe, sin posibilidad de prueba en contrario. Precisamente dicha sentencia mantiene la declaración de nulidad de una disposición testamentaria y sostiene el fallo de la Audiencia, aun habiendo estado presentes á aquélla dos Licenciados en Medicina y Cirugía, que certificaron, bajo su más estrecha responsabilidad, el extremo de que la compareciente enferma se encontraba en dicho acto en período de lucidez completa, en la integridad de sus facultades intelectuales, y, por lo mismo, se hallaba con capacidad legal para otorgar testamento, suscribiendo y firmando el de su referencia los dos expresados facultativos, á pesar de lo cual el Tribunal Supremo declara que nuestro art. 665 no prohibe ni se opone á que, acerca de la capacidad del testador, se aduzcan las pruebas, decidiéndose, en vista de ellas, la cuestión litigiosa que se promueva, como reiteradamente lo tiene declarado el mismo Tribunal con anterioridad á la promulgación del Códi-

al tiempo de otorgar testamento, porque así terminantemente lo preceptúa la *ley 4.ª, tít. XXVI, Part.* 7.ª

La sentencia, congruente con el Derecho antiguo, del Tribunal Supremo de 30 de Marzo de 1867, interpretando la citada ley de la *Part. 6.ª, 13 del tít. I,* declara que el hecho esencial que en toda cuestión debe servir de fundamento para la aplicación de dicha ley es el estado intelectual del testador en el momento de testar.

El precepto que comentamos está en lógica relación con el principio que varias veces establecimos en estos estudios, sobre el derecho de sucesión testada.

Aun no produciéndose la efectividad del mismo sino por el fallecimiento del testador, el nacimiento y origen de tal derecho tuvieron lugar en el acto de la manifestación voluntaria, al cual se refiere el art. 666; pues el testador sólo es tal en ese momento, y si se respeta su voluntad es en cuanto como propietario la ha manifestado entonces, libre, espontánea y conscientemente. Después, ya no será él, sino las circunstancias de la vida las que determinen y produzcan los respectivos efectos; así como el heredero no se manifiesta hasta que ocurra la desaparición de la persona á quien va á sustituir; por esto el art. 758 dispone que para calificar la capacidad del heredero ó legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate.

SECCIÓN SEGUNDA

De los testamentos en general.

Bien puede considerarse esta sección segunda como la encargada de afirmar los principios generales que rigen en toda clase de testamentos, sin que por eso una rigurosa crítica deje de encontrar en otras secciones tal clase de principios, aplicables también á las diversas formas de testar. Aquí, no obstante, se encuentran los más principales, que, cual sus análogos, como ya tenemos dicho, debían formar la sección inicial, que precediera á todas las otras y aun á la que trata

de la testamentificación activa, como se hace en el proyecto de 1851, cuyo capítulo II del título I y libro tercero se ocupa de las herencias por testamento, y la sección primera de dicho capítulo se destina á estudiar la naturaleza y efectos del testamento, dejando para después el tratar de las capacidades de testar y de adquirir y demás particulares propios de la institución.

Muchas innovaciones hemos de encontrar en el contenido de esta sección segunda, con relación al derecho anterior, al que en lo sustancial se respeta, manteniéndose, como dice la base 15 de las que sirvieron para formar el Código, la legislación vigente sobre los testamentos en general, aunque ordenando y metodizando la existente y completándolo con cuanto atienda á asegurar la verdad y facilidad de expresión de las últimas voluntades, procurándose que, en todo lo que no contradiga á estas consideraciones, se lleven á la práctica los acuerdos que la Comisión general de Codificación reunida en pleno, con asistencia de los señores Vocales correspondientes y de los Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en Noviembre de 1882.

ART. 667. El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos, se llama testamento.

Concordancias.—Análogo al art. 555 del proyecto de Código de 1851 é igual al 662 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. I, ley 1.ª*—*Testamentis* son dos palabras de latin, que quiere tanto decir, romance, como testimonio de la voluntad del ome. E destas

palabras fué tomado el nome del testamento. Ca en el se encierra, e se prone ordenadamente la voluntad de aquel que lo faze; estableciendo en el su heredero, e departiendo lo suyo en aquella manera, que el tiene por bien que finque lo suyo despues de muerte. E tiene gran pro á los omes el testamento quando es fecho derechamente: ca luego fuelga el coraçon de aquel que lo fizo, e tuellese por el desacuerdo que podria acaescer entre los parientes, que ouiessen esperança de heredar los bienes del finado.

Comentario.—Elocuente y concisamente expresa el Rey Sabio en el proemio y título inicial de la *sexta Partida*, la importancia y transcendencia del testamento, al decir: «*sesudamente dixeron los sabios antiguos que passan su tiempo aquellos que biuen fazendo bien su facienda, tomando guarda en las posturas e en los pleytos, que ponen unos con otros. Mas mayormente tuuieron, que auia grande seso los que al no finamiento salian ordenar e poner lo suyo en tal recabdo, de que ellos auiessen placer: e fiziesen pro de sus animas, e fincaua despues de su muerte lo suyo, sin dubda e sin contienda á sus herederos.*» «*Testamento es una de las cosas del mundo en que mas deuen los omes auer cordura quando lo facen, e esto es por dos razones: la una porque en ellos muestran, qual es la su postrimera voluntad, e la otra, porque despues que lo han fecho, si se muriesen, non pueden tornar otra vez á endereçarlos, nin á facerlos de cabo.*»

Indudablemente es augusta y casi sagrada la misión del que habiendo vivido ordenada y tranquilamente, disfrutando en justicia de los medios que la Naturaleza puso á su alcance para cumplir los fines terrenos que le están prescritos, llega al final de la carrera y pisa los umbrales de la eternidad, sin remordimientos ni pesares del mal obrar, dando reglas que torna solemnes y dignas de eterno respeto el momento y transcendencia del acto, para que continúen inquebrantables las relaciones establecidas y se anuden otras que fortalezcan los lazos de la familia, de la amistad y de los intereses económicos creados.

¡Qué misión tan hermosa y digna de describirse con las galas del bien decir, la del padre que, rodeado de su esposa é hijos, desde el lecho de agonía y bajo la garantía y autenticidad que ofrece la presencia de un fedatario, con las lágrimas del dolor, pero con la lucidez propia del que comprende la solemnidad del acto, da consejos amorosos á la que fué su compañera de dichas

é infortunios para el bienestar y felicidad suyos y de sus pequeñuelos, respecto á educación, profesión que hayan de seguir, vicios necesitados de enmienda, inclinaciones que hayan de fomentarse ó corregirse, modo de prevenir las contingencias más posibles en la vida y, por fin, distribución de la escasa ó espléndida fortuna, para hacer factibles todas las instrucciones ordenadas, que han de elevarse, muerto el testador, á la categoría de leyes obligatorias y de ineludible cumplimiento! Por esto, el Derecho romano llamaba legislador al que como *pater familias* (sobreentendido el alcance genuino jurídico de esta palabra en dicha legislación) *uti legassit super peccuniae tutelavae suae rei;* lo dispuesto sobre estos extremos, *ius esto,* frase concisa y enérgica que convenía con el carácter referido de legislador, el cual, aun hoy, después del largo transcurso del tiempo, mantiene y respeta en la misma forma la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según más adelante veremos. Nada hay en verdad más sagrado en el hombre que la libre expresión de su voluntad, cuando va á dejar de existir para siempre, según frase de un antiguo escritor romano, y según el eminente filósofo español Prisco (en su obra *Filosofía del Derecho fundado en la Ética,* traducción española de J. B. de Hinojosa): «á la manera que la propiedad es el triunfo de la libertad humana sobre la materia, el testamento es la finalidad racional de aquel triunfo». Y la ley de Partida anotada, con expresión elocuente y concisa, también afirma que viene á los hombres gran pro de los testamentos, cuando se hacen derechamente, porque después *fuelga* (queda descansado) el corazón de aquel que lo hizo y porque además hace desaparecer el desacuerdo que podría sobrevenir entre los parientes que tuvieren esperanza de heredar los bienes del finado.

Un distinguido tratadista español resume en muy breves términos las razones de indudable utilidad que proporcionan los testamentos. Si no existieran éstos, los bienes de un finado quedarían á merced del que primero se apoderase de ellos, ó habría de sujetárseles á una ley general de sucesión, la cual ofrecería los inconvenientes de que resultase nombrado heredero una persona e no conservase afecto alguno hacia el difunto, ó que tal vez lo ardase algún odio; y aun el mismo testador, sabiendo anticidamente cuál había de ser aquélla, carecería de aquel estímule sesario que fomenta en el hombre su afán de mejorar y aumen-

tar su patrimonio; además, no constando al legislador la diversidad de casos y circunstancias en que se encontrasen los que designara para sucederle, no podría apreciar sus necesidades, y así, se destruiría el principio de utilidad en la ley, adjudicando igual parte al que tuviese mayor necesidad que á aquel otro que no tuviese ninguna, ó se privaría á los hombres del consuelo y alivio que pueden esperar en sus necesidades.

El testamento es incompatible con el principio de la organización colectiva de la propiedad. Por esto la historia nos enseña que donde haya existido un asomo de propiedad individual, allí existía reconocida la idea de la sucesión testamentaria más ó menos análoga á la ya mejor organizada de los tiempos presentes. Los egipcios, los indios, los hebreos, no conocieron el testamento, principalmente en los primitivos tiempos de su historia, porque la organización *sui géneris* de la familia, propia en su mayor parte de los pueblos antiguos, borraba la idea del individuo y la del dominio de las cosas disfrutadas aisladamente, hasta el punto de que, considerada la propiedad como instrumento que contribuyese á realizar y asegurar la organización política y social de aquellos pueblos, los bienes relictos por el jefe de familia continuaban perteneciendo á éste, y en su nombre, al varón (mayor, por lo general, según prevaleciese ó no el principio de primogenitura) que la representara, para que con el aliciente de la división del patrimonio, no se desmembrase el férreo círculo familiar, que á todo trance había de conservarse incólume. Y en conformidad con esta nuestra observación, afirmamos que no ha existido el testamento, como creen aventuradamente algunos autores, sólo porque el progreso de los tiempos lo trajo consigo, considerándolo como forma científica más adelantada y perfeccionada que la de la sucesión *ab-intestato*. El testamento se practicó en tiempos bien primitivos de la Historia; un autor español señala los de Abraham (según refieren las Sagradas Letras), el cual, estando para morir, dejó todos sus bienes á su hijo Isaac *(cap. XXV del Génesis, versículo 5.°)*; y el en que fué instituído Tarquino heredero de su padre, con exclusión de su hermano póstumo *(Tito Livio, lib. I, década 1.ª)*. *Las Instituciones* de Justiniano, en el *párrafo 1.°, tít. X, lib. II,* bien claro nos dicen que en la antigüedad había en uso dos clases de testamento: uno que se hacía en la paz y reposo, que se llamaba *calatis comitiis;* el otro, al ir al combate,

que denominaban *procinctum,* á los cuales se agregó más tarde el *per æs et libram,* que se hacía por la mancipación.

¿Qué clase de institución jurídica es el testamento? Desde luego podemos desechar la especie de que constituya un contrato, como algunos tratadistas suponen, verificado entre el testador y el heredero, por virtud del cual una cierta cantidad de bienes pasa del uno al otro. Esta opinión pugna contra el más rudimentario razonamiento jurídico, pues resulta á todas luces evidente que el contrato ó vínculo á consecuencia de él creado, supone un convenio, expreso ó tácito, previamente establecido, único origen de los derechos y obligaciones que mutuamente han de respetar los contratantes. Y ¿dónde se ve esto en el testamento? El testador manifiesta su voluntad sin otra traba que las que la ley le impone con relación á la cuota hereditaria que ha de reservar en beneficio de determinadas personas, y á los requisitos de forma, igualmente exigibles en los contratos; por lo demás, él, independientemente de los que hayan de ser sus herederos y legatarios, testa como bien le place, sin que por ese acto obligue á nadie á sufrir sus consecuencias, porque la aceptación y repudiación son actos enteramente libres, y todo heredero puede aceptar la herencia simplemente ó á beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido. Luego, ni el heredero ni el legatario quedan obligados en lo más mínimo por virtud del acto del testamento solamente. Además, ni el testador queda cohibido en su libertad de obrar por el hecho de haber manifestado su última voluntad, aun con todas las solemnidades por el Derecho requeridas, ni nadie puede exigirle que respete, como inviolables é inquebrantables, las disposiciones que en un principio estableciera con el carácter de testamentarias. *Volunctas defuncti est ambulatoria usque ad mortem,* según ya tenemos dicho en otro lugar; y el artículo 737 de nuestro Código bien terminantemente consigna tal principio; todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese su voluntad ó resolución de no revocarlas, teniéndose por no puestas las cláusulas ᷾rogatorias de las disposiciones futuras y aquellas en que ordene testador que no valga la revocación del testamento, si no lo iera con ciertas palabras ó señales. Luego ¿á qué queda reduo un escrito ó manifestación testamentarias? A un proyecto de enes ó preceptos relativos á todo lo que el testador quiere que

se haga después de su muerte, y cuyo proyecto recibe instantáneamente toda su eficacia y valor jurídicos desde el momento en que ocurre dicha muerte, por lo que se refiere sólo á la persona del testador, pero no á la de los herederos y legatarios, los cuales, desde entonces, pueden manifestar su intención de adquirir los derechos y obligaciones que de tal condición nacen, sin que ninguna ley les fuerce á ello.

Ni tampoco cabe apreciar la consideración, que también hacen algunos jurisconsultos, de que la sociedad obra en nombre del testador para cumplir sus ruegos, bajo la hipótesis de que, teniendo aquélla una existencia constante y anterior á la de los individuos, no faltando á sus deberes por los motivos que con frecuencia inducen á ello dichos individuos, los ruegos ó mandatos del testador no dejarían, á su muerte, de ser representados por otra persona, con igual interés al suyo en verlos cumplir. A esta hipótesis parece inclinarse el tratadista italiano Gabba, en su ya citada obra *Essai sur la veritable origine du droit de succession*, al expresar que el testamento es una transmisión bilateral en que el concurso de las dos partes, en el instante del cumplimiento de aquélla (por falta de la presencia material, la cual caracteriza, en general, los actos contractuales y que es la más segura garantía de sus efectos), está reemplazado, al menos en cuanto á una de ellas, el testador, por la sociedad, que garantiza el mantenimiento y ejecución del testamento; siendo, pues, éste una orden ó una súplica dirigida por un moribundo á la sociedad, en cuanto al empleo que él desea que haga de su patrimonio para después de su muerte. Aparte de que esta hipótesis repugna á la realidad de las cosas, porque no se ve, según el mismo autor referido, en la ejecución de los testamentos huella alguna de que la sociedad desempeña esa misión protectora y sustitutoria que se le adjudica con sólo abstractas apariencias de razón, ya que el albacea ó ejecutor del testamento, aun representando al difunto, no puede con su intervención dar lugar á relaciones jurídicas de ninguna especie, que no procedan de las mismas cláusulas testamentarias ó que virtualmente no estén comprendidas en ellas, y porque no conviene el concepto científico del contrato con esa transmisión bilateral, en que ni las partes contratantes son personas determinadas y con existencia jurídica concreta, ni tampoco determinado el objeto sobre que han de versar las rela-

ciones entre el supuesto obligado y el supuesto prestador de derechos.

Tampoco es defendible la teoría de que el testamento tiene los caracteres de una obligación condicional. En ésta, según la Filosofía del Derecho y según los principios del Derecho positivo, la adquisición de facul'ades, así como la resolución ó pérdida de las ya adquiridas, dependerán del acontecimiento que constituya la condición, retrotrayéndose los efectos de la obligación condicional al día en que se formuló aquélla. Y en el testamento no ocurre esto, pues el testador, al manifestar su última voluntad, á nada se compromete, ni en lo más mínimo se obliga, aunque llegue á realizarse el hecho de su muerte, porque como pueden variar hasta el momento de éste los términos de sus disposiciones, nunca será pósible determinar fijamente cuándo comienza su existencia, aun condicional, el compromiso, ni el adquirente de los derechos sucesorios puede saber cuáles y en qué cuantía sean éstos, no cabiéndole la seguridad de que la adquisición de los mismos pende únicamente del suceso positivo y forzosamente necesario (á tiempo más ó menos lejano) del fallecimiento del testador.

El testamento es un acto, como acertadamente expresa la definición de nuestro art. 667, y no bilateral, sino unilateral, una verdadera donación, como ya dijimos en otra parte, pero de carácter *sui generis*, forzosa; y aunque sea precisa la aceptación del heredero para que éste represente al difunto en todos sus derechos y obligaciones, el testamento lo mismo produce sus efectos jurídicos, dándose en su caso á los bienes el destino ó cumplimiento previstos en las leyes, aunque los herederos y legatarios nombrados por el testador no llegasen á tomar posesión de la herencia. Es, pues, un acto, y de ninguna otra manera que menos induzca á confusiones y vaguedades, puede expresarse la primer nota de su definición. Un acto por el cual una persona dispone de sus bienes para después de su muerte.

Reconocen los autores, y lo indica la experiencia diaria, que en toda clase de testamentos, por modestos que sean, existen) más que disposiciones destinadas á regular la fortuna pós-a del testador. Aunque aquélla sea el objeto principal de la itución testamentaria, muchas, innumerables, son las ocasio- en que en el testamento se descubren cláusulas que tienden

á velar por la suerte y porvenir de las personas, tanto ó más que por los de las cosas. Leemos en un distinguido publicista: «Constituyen de ordinario la materia propia de los testamentos, profesión de fe religiosa, disposiciones piadosas, graves revelaciones sobre paternidad y filiación de hijos, fundación de obras pías, confesión de deudas, guarda y custodia de menores, pública manifestación de los más íntimos secretos de familia, confesión de culpas, restitución de depósitos, licencias y autorizaciones para determinados actos, consejos é indicaciones de muy diversa índole y otras muchas más disposiciones importantísimas.» El testamento es el documento público y solemne en que el hombre, hecho el balance de su existencia, deposita sus últimos pensamientos y manifiesta sus deseos postreros, confiando su cumplimiento á los que le sobreviven. Y nuestro mismo Código civil, para que no se diga que nos elevamos solamente á especulaciones teóricas, contiene bastantes preceptos indicadores de que en el testamento se puede disponer de algo más que de bienes. El número 3.° del art. 45 autoriza al padre de la persona sujeta á tutela para que, en testamento ó escritura pública, consienta el matrimonio del tutor ó sus descendientes con dicha persona, antes de que, fenecida la tutela, se aprueben las cuentas del cargo.

Según el art. 131, el reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en testamento ó en el acta de nacimiento ó en otro documento público: Y produce tales efectos el hecho en la primera forma que, según el art. 741, el reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo. El art. 168 regula el caso de que en su testamento hubiera previsto el marido difunto, padre de los hijos que quedan bajo el cuidado de su madre, que ésta pasare á segundas nupcias, en cuyo caso se ordena que la misma conserve y ejerza la patria potestad. Los artículos 204, 206 y 207 autorizan al padre para que éste, en su testamento, pueda dejar tutor y protutor á sus hijos menores y á los mayores incapacitados, ya sean legítimos, ya naturales reconocidos ó ya alguno de los ilegítimos á quienes está obligado á alimentar; correspondiendo igual facultad á la madre, aunque, si hubiera contraído segundas nupcias, el nombramiento que hiciera para los hijos del primer matrimonio no surtirá su efecto sin la aprobación del consejo de familia, y

extendiéndose, en general, la facultad de nombrar tutor á todas aquellas personas que dejen á los menores ó incapacitados herencia ó legado de importancia, en cuyo caso tampoco el nombramiento surtirá efecto hasta que el consejo de familia haya resuelto aceptar la herencia ó el legado.

Dice con elegancia y acierto el Sr. Falcón: «Limitar la naturaleza del testamento á sólo la disposición de los bienes, es dar de esta importantísima institución una idea mezquina, desmentida por su historia y reñida con las realidades de la práctica.» No satisface indudablemente la contestación que el individuo de la Comisión del Congreso de los Diputados llamado á dar dictamen acerca de nuestro Código civil, el distinguido jurisconsulto señor Gamazo, dió al Sr. Azcárate, cuando éste censuraba, por los mismos motivos apuntados, la definición del testamento contenida en el art. 667. No es pretender un ideal, cual el primero se figuraba, querer que se dé de la institución testamentaria una definición ó concepto lo más exacto posible, que responda á la realidad de tal organismo en la práctica, asignándole las propias notas características que se hallan desparramadas por el mismo Código, según hemos probado y según justificaremos con lo que á continuación expongamos. Pues qué, ¿no expresa el mismo artículo 737 que todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad ó resolución de no revocarlas, teniéndose por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras ó señales? Y, sin embargo, á pesar de la terminancia de tal disposición, que alude á la nota quizá más esencial del testamento, ó sea á su carácter de revocabilidad, no se la incluye ni siquiera virtualmente en el artículo que venimos comentando, lo cual arguye ó una indisculpable ligereza ó una equivocada creencia en el legislador de que, por existir el supradicho art. 737, holgaba la repetición de definir el testamento como un acto esencialmente revocable; y, así, holgaría todo el art. 667, por hallarse en los stantes preceptos, anteriores y posteriores, diluída la noción de institución testamentaria. Y el sistema de omitir toda definición, hasta cierto punto, representaría mayores ventajas que el contar con una, inútil por su falta de exactitud ó peligrosa

por las vacilaciones y erróneas consecuencias á que puede conducir. La nota referida de «*revocable*» es precisamente la que distingue las disposiciones testamentarias de las donaciones, las cuáles, según el art. 623 del Código, se perfeccionan desde que el donante conoce la aceptación del donatario; no admitiendo otros motivos de revocación que los taxativamente consignados en las leyes, de la superveniencia de hijos, de haber dejado de cumplir el donatario alguna de las condiciones impuestas por el donante, y de ingratitud en que el primero haya incurrido respecto del último. La voluntad del testador no está sujeta á traba alguna para poder modificar sus determinaciones cuantas veces quiera y en la forma que su capricho y libérrima resolución estime mejor, aunque el primer testamento se hubiera otorgado con todo el conjunto de mayores solemnidades exigidas por el Derecho. ¿Qué razones, pues, de tan oculta significación habrán existido para que se despreciara el precedente valioso de la definición que del testamento dá el proyecto de Código de 1851, considerando, ante todo, aquél como un acto solemne y *esencialmente revocable?* Las ignoramos.

Siendo de rigor en la ordenación del testamento la concurrencia de determinados requisitos formales, sin los cuales está prescrito que aquél sea nulo, falta á la definición del art. 667 otra nota diferenciadora de acto «*solemne*». En efecto: aun la forma más sencilla de testar, que será la empleada en inminente peligro de muerte, requiere, por lo menos, la presencia de testigos que constituyen la garantía de veracidad, imprescindiblemente necesaria para que sean creídas las últimas manifestaciones del testador. Los testamentos hechos en peligro de próxima acción de guerra por un militar ó marino han de presenciarlos forzosamente, por lo menos, dos testigos, y en caso de no tanta gravedad, un Oficial que tenga la categoría de Capitán, el Contador del buque ó el que haga sus veces. Pues todas estas exigencias representan formalidades ó solemnidades tan esenciales al testamento como la condición de que éste no surtirá sus efectos hasta que sobrevenga la muerte de quien lo otorgue. Y, como característica esencial, debió haberse incluído, con mucha más razón, en el precepto que comentamos, sin que á ello obste el que están destinados en el Código abundantes artículos á precisar la variedad de solemnidades que cada forma de testar exige, porque

la definición del testamento debería representar la suma ó compendio de sus caracteres más fundamentales principalmente, sirviendo las sucesivas disposiciones legales de aclaración, ampliación ó comprobación de aquélla.

También el testamento es acto *«personal»*, especialmente según nuestro Código, que ha suprimido de raíz los llamados testamentos por comisario, según veremos más adelante. Así lo declara bien explícitamente el art. 670: el testamento es un acto *personalísimo* (para que no quepa duda de la energía con que el legislador quiere poner fin á la práctica con anterioridad vigente); no podrá dejarse su formación, *en todo ni en parte,* al arbitrio de un tercero ni hacerse por medio de comisario ó mandatario. Y este es otro distintivo de la institución testamentaria que debe figurar en la noción que de ésta se dé, no porque sea imprescindible para los efectos legales, existiendo, como existe, el terminante art. 670, pero sí de rigor para que la definición que analizamos responda á las exigencias lógicas.

Por último, el testamento ha de ser acto espontáneo, libre, hasta el punto de que no influyan en su producción motivos que no sean los impulsos propios del testador; por esto se declara, en el art. 673, nulo el testamento otorgado con violencia, dolo ó fraude. Este requisito no es de los más indispensables, por cuanto se refiere á condición igualmente exigible en toda clase de actos jurídicos en que la voluntad humana sea la única creadora de derechos y obligaciones. Pero no huelga incluirle á continuación de los más esenciales, recogiendo así en sintético conjunto los atributos que indiquen la primera noción del organismo testamentario.

Recogiendo, pues, todas las parciales observaciones expuestas, y en vista de las definiciones que hacen suyas los jurisconsultos españoles Sres. Goyena, Falcón, Navarro Amandi, Ramos, López Gómez, Morató, Gutiérrez y Sánchez Román, así como de las estampadas en los principales Códigos extranjeros, definiremos también el testamento, según nuestro parecer, diciendo «que es un acto espontáneo, personal, solemne y revocable, por virtud cual una persona, según su arbitrio y los preceptos de la ley, pone, para después de su muerte, tanto de su fortuna como todo aquello que, en la esfera social en que vive, puede y debe enar en pro de sus creencias y de las personas que á él están

unidas por cualquier clase de intereses». Aunque reconozcamos las ventajas de la concisión, tratándose de definir conceptos, las supeditamos en muchos casos, como en el presente, á la mayor claridad y rigor lógico. De esta suerte, damos también su merecido tributo á las elegantes, aunque por extremo generalizadoras, definiciones de Modestino y Ulpiano, según uno de los cuales, testamento es *voluntatis nostrae justa sententiae, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* (inserta en la *ley 1.ª, tít. 1, libro XXVIII del Digesto);* afirmando el segundo que *testamentum est mentis nostrae justa contestatio, in id solemniter factae, ut post mortem valeant*, cuyo espíritu siguió el Rey Sabio para establecer la noción y etimología á que se refiere la ley anotada en los *Precedentes legales*.

Según el artículo que explicamos, un pobre de solemnidad que careciese de todo medio de fortuna, estaría incapacitado para otorgar testamento y habría que unir este motivo de incapacidad á los que dejamos ya estudiados en el comentario del art. 663; lo cual representaría una cruel injusticia para con el que, desvalido de toda clase de intereses materiales, conserva, sin embargo, tesoros de cariño que ha de traducir en consejos y amonestaciones para sus descendientes y deudos, lecciones de la experiencia que hará valer, por ejemplo, en la designación de persona que represente su autoridad paterna (ya que otra cosa no puede legar) ante los sometidos todavía á aquélla y en el reconocimiento de sagradas deudas morales que más imperiosas y exigentes se presentan en los postreros momentos de la vida, y, por último, y principalmente, recomendaciones y ruegos relativos á su cuerpo y á su alma, de cuya propiedad nadie habrá de despojarle, por muy extrema que sea su miseria en los demás órdenes de la vida. Para esos desposeídos del festín de la vida estarán entonces más bien dedicados y escritos los artículos del Código, ya extractados en este mismo comentario, que autorizan al testador para dejar dispuesto en su testamento algo que no se refiere á bienes, derechos y obligaciones impuestos sobre aquéllos. Y justo es que como único consuelo á su mísera condición social, se les deje ese resto de consideración á que es acreedor todo el que como ser humano se distinga. Con convicción, pues, sostenemos que pueden darse testamentos en que para nada se trate de bienes, ya que no de conformidad con la anómala definición del art. 667 del

Código, con arreglo á otros preceptos del mismo, expresivos y terminantes en tal sentido.

La frase del referido artículo *«de todos sus bienes ó de parte de ellos»* alude á la derogación que la ley ya citada del *Ordenamiento de Alcalá* hizo de toda la legislación vigente, con anterioridad, sobre el particular, dictada bajo el principio romano de que nadie podía morir parte testado y parte intestado; derogación establecida también por el párrafo 3.° del art. 653, que autoriza á todo testador para deferir su herencia en parte según su propia voluntad y en parte por disposición de la ley.

Son muy curiosas dos novedades que en materia de testamentos encontramos al revisar los Códigos extranjeros. Según el de Austria (artículos 552 y 553) deben de distinguirse el llamado *«acto de última voluntad»*, que es la declaración revocable, por la que se lega á una ó muchas personas, y para el tiempo en que uno ya no existe, el todo ó parte de sus bienes, del que se denomina *«testamento»*, que es la misma expresada declaración, cuando contenga la institución de heredero. El art. 3.607 del Código de la República Argentina no admite más testamentos que los escritos, lo cual explican los intérpretes diciendo que no es prudente autorizar á los moribundos á confiar sus últimas disposiciones á la incertidumbre ó á la fragilidad de la memoria de los testigos, cuando sean muchas las disposiciones del testador, y á todos los peligros de la prueba testimonial.

ART. 668. El testador puede disponer de sus bienes á título de herencia ó de legado.

En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha á título universal ó de herencia.

Concordancias.—Análogo al art. 556 del proyecto de Código de 1851, y á la primera parte, é igual en la segunda, al 663 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 6.ª, tit. III, Part. 6.ª*— Ciertamente, deue el fazedor del testamento, nombrar aquel que quiere establescer por su heredero, diciendo: Fulano quiero que sea mio heredero (nombrandolo por su nome), que sea heredero en todo, o en parte, como el testador touiere por bien. E si por auentura el testador dixere en su testamento: Fulano sea heredero, cumple esta palabra, maguer non diga mio. E aun dezimos, que si fallassen escrito en el testamento: Que fulano heredero (nombrandolo el testador) non dixesse sea, o se fallasse escrito: Fulano sea, e non fuesse y puesto mio, nin heredero, valdria el establescimiento que fuesse fecho en alguna destas maneras. E esto es, porque sospecharon los sabios antiguos, que el fazedor del testamento auría dichas todas las palabras que deuen dezir en establecer el heredero, como quier que se non fallen asi escritas. Otrosi; si por auentura non las ouiessen assi dichas, sospecharon que esta mengua auiniera por agrauamiento de la enfermedad, e non por otra cosa; pues que el testamento se falla acabado en todas las otras cosas. Mas si vna palabra tan solamente se fallasse escripta en el testamento, como si dixesse el testador: Fulano, o dixesse: Heredero, e non nombrasse quien; non valdria estonce el testamento: porque por tales palabras non podria tomar ome cierta sospecha, nin entendimiento verdadero, del fazedor del testamento. E sobre todo dezimos, que el establescimiento del heredero se puede aun fazer por otras palabras; assi como si dixesse aquel que lo fazia: Fulano sea mio heredero, o quiero, o mando que lo sea, o si dixesse: Fulano sea Señor de todas mis heredades, o aya todos mis bienes, o dexol todo lo que he, o otras palabras qualesquier, semejantes destas, por que se pudiesse mostrar su voluntad en esta razon.

Ley 13.ª, tit. III, Part. 6.ª— ...Otrosi, dezimos, que seyendo cierto el fazedor del testamento, qual es aquel que establesce por su heredero, o a quien manda algo en el testamento, maguer errasse en el nome, o el sobrenome del, valdria lo que assi ordenasse, o mandasse. Ca por tal yerro como este, non se tuelle la verdad, pues que cierto es de la persona de aquel a quien faze la manda, o dexa por su heredero.

Ordenamiento de Alcalá, tit. XIX, ley única.— ...Et el testamento sea valedero en las demandas, e en las otras cosas que en el se contienen, aunque el testador non haya fecho heredero al-

guno; et estonce herede aquel, que segunt derecho, e costumbre de la tierra avia de heredar, si el testador non fiçiera testamento, e cumplase el testamento. Et si fiçiere heredero el testador, e el heredero non quisiere la heredat, vale el testamento en las mandas, e en las otras cosas, que en el se contienen; et si alguno del xare a otro en su postrimera voluntat heredat, o manda o mandare que lo den o que la aya otro, e aquel primer a quien fuere dejada, non la quisiere, mandamos que el otro o los otros que la puedan tomar, e aver. *(Véanse los del art. 658.)*

COMENTARIO.—Encontramos redundante la disposición objeto del anotado art. 668. Su primera parte está ya virtualmente comprendida en las definiciones del art. 660, que denominan heredero al que sucede á título universal, y legatario al que sucede á título particular. Y el segundo apartado constituye una regla de interpretación de la voluntad testamentaria, que también holgaba existiendo el art. 675, según el cual, toda disposición *mortis causa* deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, á no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador; y en caso de duda se observará lo que parezca más conforme con la intención de aquél, según el tenor del mismo testamento. Resulta mayor la redundancia en este segundo caso cuando los artículos 772 y 773 autorizan al testador hasta para omitir el nombre del heredero, si lo designase de modo que no pueda dudarse quién sea el instituído, pues el error en el nombre, apellido ó cualidades de aquél no vicia la institución, cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada.

Por lo demás, la disposición que comentamos no encierra novedad de ningún género; repite la doctrina, sobre todo en su última parte, que ya era corriente según el mismo Derecho romano, y que á mayor abundamiento amplían y aclaran hasta la saciedad los preceptos de las Partidas anotados en los *Precedentes legales.*

La primera parte del art. 668 también puede referirse á la idea ue encierra la *ley única del tít. XVIII del Ordenamiento de Al- ılá,* anteriormente transcrita, de estar facultado el testador para 'stribuir toda su herencia entre herederos ó legatarios; es cir, de ceder su fortuna á título universal ó á título particular,

según le plazca, y á un tiempo en un mismo testamento, por no ser ya hoy necesaria la institución de heredero ni preciso el que el testador invista con la representación total de su personalidad á uno de los que le sobrevivan, pudiendo á los mismos legatarios gravarles con mandas de igual manera que á los herederos, y hasta éstos mismos, instituídos en una cosa cierta y determinada, serán considerados como legatarios, según ya dijimos en otra parte.

El Código francés, en su art. 967, dice que cualquiera persona podrá disponer por testamento, sea bajo el título de institución de heredero, con el de legado ó *con cualquiera otra denominación oportuna* para expresar su última voluntad. En efecto: poco importa la denominación que el testador dé á las disposiciones de su testamento, no siendo necesario, como ya sabemos, que haya de pronunciarse precisamente el nombre de heredero ó el de legatario para designar al que haya de ser sucesor universal ó singular del premuerto. Según Aubry y Rau, en las disposiciones testamentarias la razón enseña que siempre se debe estar á los preceptos de la ley, sin consideración á la calificación que el testador puede haber atribuído á su disposición, en el caso de que esta calificación no estuviese en armonía con la naturaleza real de la disposición de la ley. Por encima de todo ha de prevalecer la voluntad póstuma del testador, según con frecuencia repetiremos al tratar de la intepretación de aquélla en los testamentos; y con arreglo á la misma resolveremos si, por ejemplo, habiendo llamado legatario el testador á la persona que quiere le represente en todo ó parte alícuota, tanto del activo como del pasivo de la herencia, debe prevalecer tal arbitraria y formal denominación, ó considerarla, según parece lo más racional y legal, como una palabra inútil y sin sentido, contraria al espíritu de la disposición testamentaria, que es el que nos importa conocer y respetar. Ahora bien: á pesar de las palabras subrayadas del artículo francés antes transcrito, que asimismo constituyen idea comprendida virtualmente en el nuestro que comentamos, todas las diversas modalidades y formas de la última voluntad de una persona tienen sólo forzosamente que ser ó á título universal ó á título particular, sin que quepa salirse de estos dos ineludibles términos: ó el testador deja toda su herencia ó parte determinada de ella al sucesor, ó solamente le trans-

mite una cierta porción de bienes, algún objeto individual; ya en uno y otro caso, sea bajo la forma de donación, de usufructo, de uso ó habitación, de censo, de permuta, de enajenación con gravámenes, etc. Por eso la primera parte de nuestro art. 668 da á conocer de manera bien comprensiva las formas que el testador puede dar á sus resoluciones de última hora, sin más aditamento ni aclaraciones.

Igual amplitud en la manera cómo el testador podrá designar al heredero en su testamento, existió en el mismo Derecho romano, aun tenidas en cuenta las sutilezas y rigores que le caracterizaban, pues así se deduce de las *leyes 48, tit. V, lib. XXVIII del Digesto, y 15, tit XXIII, lib. VI del Código: quibuscumque verbis uti liberam habent facultatem;* y hasta el Emperador Constantino permitió que la institución de heredero pudiera hacerse en cualquiera forma, *si modo per eam liquebit voluntatis intentio;* poniendo sólo Justiniano la restricción, por virtud del senado-consulto Liboniano, de que no pudiere escribir en el testamento el mismo heredero su nombre; con lo cual perdió, como dice el Sr. Pastor y Alvira, en su *Manual del Derecho romano,* el carácter sacramental que en un principio había tenido la institución de heredero, que fué después válida, siempre que constase claramente la voluntad del finado.

Por la legislación de Partidas ya vemos que basta el empleo simplemente de la frase «*Fulano sea*», aunque no se añadan las palabras «*mio*» ni «*heredero*», para que se entienda subsistente y respetable la institución, siempre que aquella designación resulte, por el contexto del testamento, en tal sentido, de acuerdo con la intención de quien la otorgó; porque se entiende, entre otras razones, que si tales imperfecciones resultan de la manifestación de la última voluntad testamentaria, las ocasionó una agravación en la enfermedad del testador, y no ningún otro motivo.

Por último, una sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1857, ya tenía también declarado que es válida la institución de heredero, aunque en ella no aparezca el nombre del instituído, siempre que el testador haya expresado su intención de manera que sea imposible dudar acerca de la persona á quien se refieren sus palabras.

ART. 669. No podrán testar dos ó más personas mancomunadamente ó en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.

Concordancias.— Análogo al art. 557 del proyecto de Código de 1851 é igual al 664 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Fuero Real, ley 9.ª, tit. VI, libor III.*—Si el marido, e la muger ficieren hermandad de sus bienes, de que fuere el año pasado que casaren en uno, no habiendo fijos de consuno, ni de otra parte que hayan derecho de heredar, vala tal hermandad: e si despues que ficieren la hermandad hobieren fijos de consuno, no vala la hermandad: ca no es derecho que los fijos que son fechos por casamientos sean desheredados por esta razon.

Ley 33, tit. XI, Part. 5.ª—Pleyto o promission faziendo dos omes entre si que qualquier dellos que muriesse primero que el otro que fincasse que heredasse todo lo suyo, tal pleyto nin tal promission, dezimos que non deue valer, porque ninguno dellos non aya ocasion de se trabajar de muerte del otro, por razon de heredarle lo suyo. Pero si tal pleyto ó tal promission, fiziessen dos caualleros entre si, queriendo entrar en batalla alguna, o en fazienda si alguno dellos muriesse en aquel logar, el otro que fincasse, heredaria lo suyo, si non dexasse el muerto fijos legitimos. E si por auentura non muriesse y ninguno, e despues que ende saliessen, se cambiasse la voluntad a alguno dellos, e quisiesse reuocar el pleyto o la promission, bien lo puede fazer. Mas si non lo reuocase, e lo ouiesse por firme fasta la muerte de alguno dellos, el otro que fincasse heredaria los bienes del muerto, assi como sobredicho es.

ART. 670. El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario ó mandatario.

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos ó legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituídos nominalmente.

Concordancias.—Análogo al art. 558 del proyecto de Código de 1851 é igual al 665 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, ley 6.ª, tít. V, libro tercero.*—Si alguno no quisiere, ó no pudiere ordenar por sí la manda que ficiere de sus cosas, e diere su poder á otri, que el que la ordene, e dé, e la dé en aquellos lugares onde el tuviere por bien, puedalo facer: e lo que el ordenare, o diere vala, así como si la ordenase aquel que dio el poder.

Ley 11.ª, tít. III, Partida 6.ª—Declarar deue e nombrar el fazedor del testamento por si mismo el nome de aquel que establesciesse por heredero. Ca si el otorgasse poder á otro que lo establesciesse en su lugar, non valdria, maguer dixesse assi: Aquel sea mio heredero que fulano quisiere, o establesciere por mio que lo sea. Esto es porque el establescimiento del heredero e de las mandas, non deue ser puesto en aluedrio de otro. Pero si alguno rogasse al testador, que fiziesse su heredero á otri, nombrandolo, si el que fizo el testamento quiere caber su ruego, e lo establesciere por su heredero, valdra. Otrosi dezimos, que si el fazedor del testamento dixesse á algun escriuano de concejo: Ruegote o mandote que escriuas como establezco por mio heredero á fulano: e que mando tantos marauedis, o tantas cosas, o tanto heredamiento, que sea dado por mi anima, diziendo a que personas lo manda dar, o quanto á cada vno: ante siete testigos, e mandote que vayas a algun ome sabio, e en la manera quel ordenare que sea fecho mio testamento, e departidas mis mandas, que lo escriuas tu assi, porque tengo por bien, que vala como lo el ordenare: Estonce bien valdria lo que assi fuesse fecho por mandado del testador.

Ley 29, tít. IX, Partida 6.ª—... Mas si el testador dixesse: mando a fulano ome mil marauedis, si quisiere tal ome, cierto, diziendo el nome de cada vno dellos señaladamente, non valdria tal manda, porque es fecha a vno, e es puesta señaladamente en

aluedrio de otro. E por ende dixeron los sabios antiguos que las mandas e los establescimientos de los herederos, deuen ser fechos segund su voluntad del fazedor del testamento, e non deuen ser puestas en juyzio e en plazer de otri. Mas si el testador fiziesse la manda, diziendo assi, que mandaua a vno mil marauedis, si otro que nombraua señaladamente fiziesse alguna cosa ciertamente, como quier que aquella cosa en voluntad e en aluedrio del otro, era de la fazer o non: valdria la manda, si aquella cosa que nombrasse se cumpliesse.

(Véase todo el tít. XIX del lib. X de la Novísima Recopilación, que trata de los Comisarios testamentarios y equivale á las leyes 31 á 39 inclusive de Toro.)

ART. 671. Podrá el testador encomendar á un tercero la distribución de las cantidades que deje en general á clases determinadas, como á los parientes, á los pobres ó á los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas ó establecimientos á quienes aquéllas deban aplicarse.

Concordancias.—Igual al art. 666 del proyecto de Código de 1882 y comprendido virtualmente en la última parte del 558 del de 1851.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 3.ª, tít. X, Part. 6.ª*—Si el fazedor del testamento mandasse dar á personas ciertas de lo suyo algunas cosas señaladas; o cierta cuantia de maravedis, e todos los otros bienes que ouisse, dexasse en mano de alguno que establesciesse por su testamentario, otorgandole poder, que el segund su aluedrio los partiesse a pobres: tal testamentario como este non puede dar mas a ninguna de aquellas personas ciertas, de quanto el le mando dar señaladamente en su testamento: maguer viese el que alguno dellos era muy pobre, e seria bien de darle mas, de aquello que le auia mandado el testador, como quier que puede partir los otros bienes que dexo en su poder el testador,

entre las otras personas, que non son las señaladas: e lo han menester, assi como lo el touiere por bien.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 669, 670 Y 671.—I. *Razón del plan.*—Empiezan en los expresados artículos á comprobarse é individualizarse las notas diferenciadoras del testamento, tal como nosotros lo hemos definido, y como debió de estarlo en el art. 667. Decíamos que, ante todo, el testamento era un acto personalísimo en que nadie más que el testador debía de aparecer formulando su última disposición, según su conciencia y su conveniencia se lo aconsejasen; y esta característica del testamento la recogen los artículos que quedan insertos, y que, por referirse los tres al indicado objeto, creemos de mayor utilidad estudiarlos juntos en un comentario.

Diversos son los motivos que explican la disposición del artículo 669 y la del 670, constituyendo el 671 una excepción de lo que el último ordena; pero convienen, por fin, los tres en la idea y necesidad de que la institución testamentaria esté otorgada exclusivamente por el testador, sin que terceras personas, ya sean extrañas á aquella ó ya favorecidas en la herencia, compartan las atribuciones que á un solo individuo le son debidas por las leyes. El art. 669 preceptúa que el testamento se haga por un solo testador sin compañía de ningún otro; que sea, en una palabra, individual; por esto dice el art. 1.003 del Código de Chile: «El testamento es un acto de una sola persona.»

El art. 670 prohibe á ese solo testador toda clase de delegación en el ejercicio de los derechos que como tal le asisten, en lo que á la sustancia del testamento afecta, pues que la distribución de las cantidades dejadas en la herencia y la elección de personas ó establecimientos que ya el testador designó genéricamente al referirse á una determinada Corporación ó clase social, son, en muchos casos, extremos secundarios en la intención del testador, la cual así también se respeta, autorizándose á personas de la confianza de aquél la manera de cumplir ó de ampliar lo acordado en la disposición testamentaria.

II. *Del testamento de mancomún ó de hermandad.*

A) Sus antecedentes históricos. B) Crítica de la institución.—El testamento mutuo, de mancomún ó de hermandad, que estas tres denominaciones le han dado los autores, tiene origen pu-

ramente español. No se ve de él rastro alguno en el Derecho romano. La ley del Fuero Real anotada en los *Precedentes legales* es la primera que le dió carta de naturaleza en el Derecho patrio, permitiéndole solamente entre marido y mujer que no tuvieren hijos. La ley de Partidas, también anotada, establece, como nuestro art. 669, el principio de supresión de los testamentos mutuos, porque reconoce que el pleito ó promisión que hagan dos hombres entre sí de que cualquiera que sobreviviera al otro herede los bienes del primero, no debe valer; aunque después se establezca la única excepción á tal principio en favor de los caballeros, al tiempo de entrar en alguna batalla ó hacienda. El uso, sin embargo, autorizó tal forma de testar entre toda clase de personas, como así se desprende de los múltiples y constantes casos que viene resolviendo la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular.

Las solemnidades que habían de concurrir en esa clase de testamentos eran las correspondientes, á la forma en que se hacían, á las personas que los otorgaban y á las circunstancias en que se llevaban á cabo. La única dificultad que presentaban, que era la referente á su revocabilidad, también la resolvieron en términos generales las leyes que tales testamentos regularon y, en cada caso, la referida jurisprudencia, la cual, entre otras principales interesantes teorías, tiene declarado, en sentencia de 22 de Abril de 1878, que no es un precepto de derecho ni doctrina legal admitida por los Tribunales, que el testamento otorgado de hermandad por marido y mujer instituyéndose herederos ó mandándose algo mutuamente, encierre, por la naturaleza propia de este acto jurídico, la condición tácita de que la voluntad de los otorgantes permanezca siendo una y la misma, por lo menos, mientras los dos existan, para que la institución hecha por cada uno de ellos conserve su fuerza y validez en la época en que ha de tener cumplimiento; cuya doctrina, por otra parte, pugna con los principios legales que regulan las solemnidades, eficacia, revocabilidad y subsistencia de los testamentos. En sentencia de 17 de Diciembre de 1881 se afirma que no hay ley ni doctrina legal que establezca la irrevocabilidad del testamento hecho de mancomún entre cónyuges, á no ser que contenga cláusula *ad cautelam,* y no se manifieste señaladamente en el posterior que se quiso derogar el anterior, conforme á la *ley 22,*

título I, Partida 6.ª; y, por último, entre otras muchas, sostienen las sentencias de 27 de Marzo de 1888 y 24 de Junio de 1892, que, revocado por la mujer casada su primer testamento otorgado de mancomún con su marido y en favor de éste, no puede el mismo alegar que se le ha transmitido el dominio de los bienes de que aquélla dispuso, y tampoco le es lícito sostener que el segundo testamento de su mujer, como individual, no derogó el anterior, «puesto que la consignación de dos últimas voluntades en un mismo documento es un accidente que no constituye pacto recíproco, ni las quita, por consiguiente, la cualidad esencial de ser variables hasta la muerte por cualquiera de los testadores en la parte por cada uno respectivamente dispuesta». De modo que las enseñanzas del Tribunal Supremo sobre el particular dan á entender que los testamentos de mancomún otorgados entre dos ó más personas son revocables, no sólo por los testadores juntamente, sino también por cualquiera de ellos ó por el que sobreviva, aunque sólo con referencia á sus bienes, á no contener pacto ó convenio mutuo, también de irrevocabilidad, en cuyo caso el sobreviviente lo cumplirá al aceptar la herencia en tales condiciones.

A pesar de lo expuesto, es lo cierto, como dice el Sr. García Goyena al comentar el art. 557 del proyecto de 1851, que el permitir la revocación en los testamentos mutuos ó de mancomún es violar la fe de la reciprocidad, y declararlos irrevocables equivale á cambiar su naturaleza y convertirlos, de actos de última voluntad, en otros de carácter rigurosamente contractual; por lo cual era preferible prohibirlos, por constituir una forma incompatible con la buena fe ó con la naturaleza de los testamentos y que, por otra parte, daba lugar á sugestiones y violencias. Aplaudimos por estos y otros motivos, la valiente supresión que viene á llevar á cabo el art. 669 de todos aquellos testamentos mancomunados que no se hayan otorgado antes de 1.° de Mayo de 1889; y creemos que tal medida se halla muy de acuerdo con los predicados de la ciencia y con las exigencias de la práctica.

Como decía muy bien el distinguido jurisconsulto D. Luis Silvela al discutirse el Código en el Senado español, es de alabar la prohibición de los testamentos mancomunados, por ser éstos una mezcla informe de testamento y de contrato.

¿Debe de darse al art. 669 el alcance que á primera vista tiene

y que algunos le conceden? Es decir, ¿quedan para en adelante prohibidos toda clase de testamentos mutuos ó de hermandad, aunque se hagan en diversos instrumentos? Entendemos que no; el problema que dicho precepto envuelve nos parece que es más bien de forma que de otra cosa. Se trata, á nuestro juicio, exclusivamente de evitar que en un mismo instrumento testamentario haya dos ó más otorgantes, puesto que todas las reglas que rigen en materia de últimas voluntades, tanto las relativas á las solemnidades como á lo substancial de aquéllas, han de aplicarse en la práctica á *cada* testamento, á *un solo* testamento, porque varían hasta lo infinito las modalidades diversas previstas por el Derecho, según sea una ú otra la persona del testador; además de ser evidentes las razones que antes indicabamos con referencia á la revocabilidad, cuya condición no debe de admitir nunca excepciones, tratándose de disposiciones testamentarias. Por esto nos parece indudable que marido y mujer, dos hermanos, dos ó más personas cualesquiera, pueden, sin inconveniente alguno, instituirse recíprocamente herederos, siempre que tengan unos y otros, en su concepto respectivo, la testamentifacción activa y la pasiva, y otorguen sus últimas disposiciones en instrumentos separados; para lo cual, cada uno de éstos, individualmente, se regirá después por las leyes que le correspondan, según su manera privativa de ser.

De la contextura gramatical del art. 669 se deducen asimismo estas conclusiones; el primer entrecomado, «*ó en un mismo instrumento*», es la frase de aclaración, la equivalente á la de dos ó más personas que testan mancomunadamente. De modo que aquélla es la que encierra el verdadero sentido del precepto que comentamos y la que marca la tendencia y propósito del legislador al llevar á cabo la prohibición establecida contra los testamentos mutuos ó de hermandad. Un comentarista del Código de la República Argentina escribe á este efecto: «La prohibición comprende únicamente el testamento hecho por varias personas en el *mismo acto;* ningún impedimento hay para que dos ó más personas convengan en disponer, cada una por su parte, á favor de un tercero ó á favor del uno y del otro, quedando entonces cada uno legalmente dueño de revocar su testamento cuando le parezca conveniente. Otra cosa sería, y más racional la duda, si nuestro artículo estuviese redactado como el 808 del Código gua-

temalteco, que dice: Queda prohibido el contrato de sucesión recíproca entre cónyuges ó cualesquiera otras personas, y nulo el testamento que se otorgue en virtud de tal contrato.»

La gran mayoría de los Códigos extranjeros establece la misma prohibición que comprende nuestro art. 669; y sólo hemos visto que el Código de Sajonia (art. 2.196 y siguientes) admite el testamento mancomunado, aunque otorgado ante el Juez ó por escrito; y el Código austriaco (583), que exceptúa de la prohibición á los testamentos mancomunados hechos entre esposos.

Excusado es advertir que si llegara á otorgarse algún testamento de dicha clase quedaría de derecho nulo en su totalidad, por lo menos en lo que se refiere á las disposiciones mancomunadas ó en que hay recíproca cesión de herencia, puesto que el artículo 687 dispone que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo; y, en efecto, en el capítulo primero (del cual se trata) se halla el art. 669 que estamos comentando, y que establece indirectamente la formalidad de que cada disposición testamentaria otorgada por un solo testador se extienda en un instrumento separado.

Ni tampoco se permiten en España los testamentos mancomunados que se otorguen en el extranjero, aun cuando los autoricen las leyes de la Nación respectiva. Así lo estatuye terminantemente el art. 733, que estimamos se halla en contradicción con lo dispuesto en el 11, también de nuestro Código; porque el 669 alude simplemente, en nuestro concepto, según ya tenemos dicho, á una solemnida d de forma, á una mera formalidad. En su lugar correspondiente ampliaremos lo debido estas indicaciones, ya que el legislador no tuvo á bien colocar el art. 733 á continuación del que estamos explicando.

Según expresa declaración de la regla transitoria segunda del Código, los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo á ella, surtirán todos sus efectos según la misma; en su consecuencia, serán válidos los testamentos, aunque sean mancomunados, etc., si bien la revocación de los mismos ó de cualquiera de las cláusulas en ellas contenidos no podrá verificarse después de regir el Código, sino testando con arreglo á este último. De modo que pueden presentarse aun hoy cuestiones relativas á testamentos manco-

munados, como serán los que se extendieron antes de 1.º de Mayo de 1889; por esto, anteriormente insertamos algunas consideraciones referentes á los mismos, y las enseñanzas que proporciona la jurisprudencia del Tribunal Supremo con referencia á su revocabilidad, porque unas y otras deben igualmente de tenerse en cuenta hoy.

Por consecuencia de lo que dispone la enunciada regla transitoria, los testadores que quieran revocar ó modificar el testamento que conjunta y mancomunadamente otorgaron han de testar, según las formas por el Código actualmente admitidas, pero en instrumento separado el uno del otro, como si para nada existiera el testamento mutuo anterior.

*C) Del testamento de mancomún en las regiones forera*s.—En el derecho foral están admitidos los testamentos mancomunados. La legislación de Navarra se ocupa de su revocabilidad en la *ley 41* de las Cortes de 1766, disponiendo que el de hermandad entre marido y mujer ó de cualesquiera otras personas no puede revocarse por una de ellas después de la muerte del que primero fallezca; pero sí en vida de los otorgantes, por consentimiento común ó por cualquiera de ellos, en cuanto á sus bienes propios, dando noticia á los demás. Véase también el *cap. IV, tít. IV, libro segundo del Fuero*.

Las *observaciones 1.ª y 2.ª, libro sexto, De testamentis*, se ocupan del particular en Aragón, disponiendo principalmente que en el testamento de mancomún de marido y mujer pueda el sobreviviente revocar su disposición, pero no cuando uno de los cónyuges testó y el otro consintió en lo que él disponía.

En lo referente á Vizcaya puede examinarse la *ley 1.ª, título XXI del Fuero* sobre testamentos.

No obstante, á pesar de lo dicho y de hallarse admitido por las legislaciones forales expresadas el testamento de hermandad, ¿estará permitido testar en tal forma á las personas que se hallen sujetas á dichas legislaciones, después de haber empezado á regir el presente Código? Por un lado existe la prescripción ya recordada del art. 733, que prohíbe testar mancomunadamente aun á los españoles que residen en el extranjero, y aun cuando las leyes de la Nación respectiva consientan tal privilegio. Y por otra parte, el art. 14 del Código preceptúa que, conforme á lo dispuesto en el art. 12, lo establecido en los 9, 10 y 11 respecto á las

personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero y de los extranjeros en España, es aplicable á las personas, actos y bienes de los españoles en territorios ó provincias de diferente legislación civil. Y como la prohibición que ya recordamos, establecida en el art. 733, no alcanza más que á los testamentos mutuos otorgados por los españoles en el extranjero, aunque la Nación respectiva autorice aquéllos, la duda propuesta habrá de resolverse por el referido art. 14 y los que en él se citan. En efecto: según tenemos dicho y probado, el testamento de mancomún supone simplemente una *forma* distinta de testar, una solemnidad ó formalidad puramente extrínseca; y el art. 11 expresa que las formas y solemnidades de los contratos, *testamentos* y demás instrumentos públicos se rigen por las leyes del país en que se otorguen. Por lo cual, los individuos sometidos á la legislación foral en los países que admitan el testamento de hermandad podrán otorgar sus últimas disposiciones en esta forma.

De igual parecer al expuesto es la Dirección general de los Registros que, en Resolución de 28 de Octubre de 1894 para los efectos de la inscripción, dispuso que en Aragón tienen eficacia y pueden otorgarse válidamente los testamentos mancomunados porque (y estas consideraciones son igualmente aplicables á las demás provincias forales que admiten aquéllos) el Derecho foral aragonés, en la *Observancia 1.ª del Fuero De testamentis* (que antes citamos), autoriza á los cónyuges á testar en la forma mencionada; porque el art. 12 del Código civil declara que la publicación de éste no ha de originar alteración alguna en el régimen jurídico establecido en las provincias y territorios en que subsiste el Derecho foral, el cual continuará vigente en toda su integridad; porque, inspirado en la misma tendencia, ordena el artículo 13 del referido cuerpo legal que sus preceptos regirán en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, pero tan sólo en cuanto no se opongan á aquellas de sus disposiciones forales ó consuetudinarias que se hallen en vigor; porque ante artículos tan categóricos, no es legal estimar derogado precepto alguno del Derecho foral por los del Código civil, siquiera se trate de prescripción tan terminante y general cual la del artículo 669; y porque el art. 10 de dicho Código tiene sólo por objeto regular la eficacia extraterritorial de las leyes, ora surja el conflicto entre la ley española y extranjera, ora entre un precepto

del Derecho común y otro del Derecho foral; y la cuestión llamada á resolverse no versa sobre la fuerza de una ley aragonesa fuera del territorio de aquella provincia, sino sobre la vigencia de una determinada observancia antagónica de una prohibición del Código, por lo cual los únicos artículos que hay que consultar y aplicar son los ya citados 12 y 13.

Al estudiar el art. 733 ya plantearemos y resolveremos la cuestión de si los españoles pueden testar mancomunadamente en las provincias de Derecho foral que admitan tal especialidad, porque aquel será el lugar más apropiado á tal objeto, dada la analogía entre tal duda y la cuestión resuelta por dicho art. 733.

* * *

III. *Del testamento por Comisario.*

A) Sus antecedentes históricos. B) Crítica de la institución.—Los artículos 670 y 671 aluden al llamado testamento por comisario, que el Código suprime de raíz, con la única excepción que el segundo de dichos preceptos comprende. Mas como, á pesar de tal supresión, ha de ofrecer aún hoy la práctica cuestiones acerca de dicha forma de testar, porque, según la disposición segunda de las transitorias, serán válidos los poderes para testar que se hubiesen otorgado ó escrito antes de regir el Código, de ahí que hayamos por necesidad de hablar de los testamentos por comisario ó mandatario con la misma extensión que en el caso de no haber sido suprimidos.

Según el jurisconsulto Sr. Caravantes, en su obra *Febrero reformado*, el origen del testamento por comisario se encuentra en una decretal de Inocencio III, concebida en estos términos: «*qui extremam voluntatem in alterius dispositioni committituan videtur decedere intestatus,*» la cual fué dictada por consecuencia de una carta que dirigió á dicho Papa el Obispo Altisidorensi, que gozaba del *jus spolii*, ó sea del derecho de disponer de los bienes de los clérigos que morían intestados, contestándole el Papa que caducaba dicho derecho cuando un clérigo encargaba á otro, al morir, que dispusiera de sus bienes. Sea de ello lo que quiera, lo cierto es que, en España, el primer vestigio legal que del testamento por comisario encontramos es el que indica la ley del Fuero Real anotada en los *Precedentes legales*, la cual sufrió una

restricción de importancia por la legislación de Partida, demostrados los graves defectos y transcendencia funesta que tenía la autorización amplia de que *«lo que el comisario ordenase ó diere valga como si lo ordenase el que le dió el poder»*. No llegó, sin embargo, el Rey Sabio hasta donde le debían llevar las consecuencias lógicas de sus principios y opiniones, perfectamente traslucidos en su Código de las Siete Partidas, y la prueba de ello es que, sin grandes inconvenientes y fundada en precedentes tales, las leyes de Toro y de la Novísima Recopilación ensancharon hasta extremos imposibles una facultad que, aun restringida, no admite á los ojos de la ciencia defensa alguna.

Si el testamento merece respeto á los que sobreviven al testador y adquiere los caracteres de una verdadera ley, que ha de regular los vínculos jurídicos subsistentes á la muerte de aquél, es porque la persona que, como legislador, en ocasiones tan solemnes se muestra ante la sociedad y ante sus más próximos allegados, no va simplemente á hacer lo que un particular *inter vivos* realiza, por ejemplo, al vender parte grande ó pequeña de su fortuna; va á decidir, en el instante supremo de su última hora, multitud de graves y complejos asuntos, tanto en el orden económico de su haber, si le tiene, como en el de los infinitos aspectos y contingencias que pueden ofrecer las relaciones familiares y hasta las de simple amistad; va á hacer que de sus resoluciones, irrevocables desde el momento de la muerte y de cumplimiento ineludible siempre, dependan el porvenir y el presente de quizá innumerables personas, la suerte de una empresa ó industria, la vida moral de una familia y muchos otros intereses de sagrado respeto. Y ¿puede sentir con igual energía y espontaneidad un moribundo ó la persona que, en vista de su definitiva desaparición del mundo, arregla sus cuentas para con los suyos y para con la sociedad, que el que fría y desinteresadamente va sólo á interpretar cláusulas de un poder que se le ha otorgado, quizá sin limitaciones, y á disponer á nombre de otro, y siempre bajo puntos de vista distintos que éste, de asuntos que sólo conoce el v daderamente interesado en ellos y el que es poseedor de los s retos y motivos que indiquen y justifiquen unas ú otras det minaciones? Y si el poder para testar es, por el contrario, un d allado y completo programa de todo lo que ha de ejecutar el c nisario, no quedándole á éste entonces más que la mecánica

facultad de ir realizando lo que el testador le tiene minuciosamente indicado, ¿qué ventajas tiene el testar por medio de otra persona, cuando aquél ha de emplear el mismo tiempo y las mismas solemnidades que si lo hiciera directamente y por sí mismo? Con razón dice el distinguido jurisconsulto aragonés D. Antonio Morales y Gómez, al desenvolver la ponencia del tema 7.° de uno de nuestros últimos Congresos jurídicos: «el no querer ordenar por sí su disposición el testador no es razón filosófica para que prescinda la ley de dar el carácter personal á tan solemne y transcendental disposición, y la impotencia para realizarla se destruye con la necesidad de otorgarla bajo otra forma, ó sea la del otorgamiento del poder para testar y la facilidad con que puede hacer el testamento, muchas veces menos molesto para el que se halle con grave padecimiento físico que circunstanciar las facultades del comisario.»

Efectivamente, esas son las dos únicas causas por las que el testador puede, según las leyes recopiladas, nombrar comisario para testar; el no querer ó el no poder disponer de sus bienes por sí; y ninguno de las dos admite defensa ante los principios de la ciencia ni ante los de la conveniencia ó utilidad práctica. Incondicional aplauso, pues, corresponde en justicia al legislador español, que ha sabido mantener valientemente el ejemplo iniciado por el proyecto de Código de 1851, en su art. 558, en sustancia equivalente á lo que, sobre la materia, tuvo ya dispuesto desde un principio la legislación romana en las *leyes 32, 68 y 70, tít. V, libro XXVIII, y 52, tít. I, libro XXV del Digesto*, fieles á la máxima *«testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere»*.

La facultad, pues, de hacer hoy testamento es indelegable, como dicen el Código de Chile (art. 1.004) y el de Colombia (1.060). Con la sola excepción que comprende el art. 671, todos los extremos que puede abarcar una disposición testamentaria han de ser dictados y establecidos únicamente por la persona del testador, puesto que la formación del testamento, ni en *todo* ni en *parte*, puede dejarse al arbitrio de un tercero, del cual, en ningún caso ha de hacerse depender la subsistencia de los nombramientos que por el testador se hagan ni la designación de las porciones que hayan de heredar quienes sean instituídos nominalmente herederos. Esta última idea es la que establece la distin

ción entre lo ordenado por el art. 670 y el 671; pues éste (que es traducción aproximada de la ley de Partida anotada á su continuación, como *Precedente legal),* prevé el caso precisamente de que el testador no haga la institución de heredero ó legatario nominalmente, sino refiriéndose á clases determinadas, parientes, Corporaciones, Institutos, etc.; en cuyo supuesto el comisario, mandatario ó testamentario puede estar facultado, no sólo para distribuir las cantidades legadas, sino hasta para elegir la clase de personas ó establecimientos entre los genéricamente mencionados por el testador, que deban percibir la herencia.

Por cierto que dicha amplia facultad concedida al tercero, de que habla el art. 671, supone una inconsecuencia con lo establecido por el art. 670, que viene á hacer imposible toda institución de heredero ó legatario que no haga el mismo testador directamente; y decimos que implica una inconsecuencia, cuando no una contradicción, porque si bien en el primero de dichos casos se da poder al comisario ó testamentario para designar él por sí mismo los individuos ó Corporaciones que hayan de obtener la utilidad de la herencia, aunque sea bajo las indicaciones hechas en el testamento; lo cierto es que no puede decirse que existe tal institución en concreto hasta que el comisario haya ejercido sus funciones de tal, precisando los individuos favorecidos y hasta llegando á la posibilidad de que si el testador, por ejemplo, deja su fortuna en general á sus parientes ó los pobres, el mandatario reparta la herencia entre determinado número de ellos; ó, expresando el primero la idea de que era su ánimo favorecer á los establecimientos de beneficencia de la localidad ó pueblo de su nacimiento, el comisario elija exclusivamente uno de dichos establecimientos solamente, como el de las Hermanas de la Caridad, la Casa Cuna, etc., á su voluntad omnímoda, sin que ésta, en ningún modo, pueda ser anulada ni meramente discutida. Eso representará siempre una verdadera institución hereditaria ó legataria, aunque aparezca decir lo contrario el art. 670.

Y en tal forma, á pesar del propósito bien conocido del legis-or, renacen los inconvenientes que unánimemente señalan los ores y que la experiencia aún ha hecho más evidentes con re-ión al antiguo testamento por comisario.

En algo se disminuye la amplitud de facultades que concede os comisarios el art. 671, y alguna cortapisa le ponen los ar-

tículos 747, 749 y 751, pues, según ellos, si el testador dispusiere del todo ó parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, *haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación,* los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine á los indicados sufragios y á las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los Establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia; considerándose limitadas á los pobres del domicilio del testador, en la época de su muerte, las disposiciones hechas á favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, si no constare claramente haber sido otra la voluntad de dicho testador; y entendiéndose hecha en favor de los más próximos en grado la disposición genéricamente establecida en favor de los parientes del testador. Pero siempre resultará (así al menos creemos que debe parecer la interpretación armónica de los artículos 670, 671, 747 y 749) que el comisario ó mandatario tiene libre el ejercicio de sus funciones entre los pobres ó establecimientos de beneficencia ó piadosos de la localidad del testador ó de su provincia.

Bien puede desempeñar las facultades de comisario el albacea ó albaceas nombrados en el testamento; en cuyo caso y, según el artículo 907 del Código, cuando tal nombramiento tuviera por objeto dar á los bienes hereditarios la inversión ó distribución que el testador hubiere dispuesto, rendirán aquéllos sus cuentas al Juez.

El comisario ó mandatario, en el caso del art. 671, está llamado, según el 992 (párrafo 3.º) á aceptar la herencia en nombre de los pobres designados genéricamente herederos ó legatarios por el testador; en otro caso, deben hacer tal aceptación los albaceas; y, si tampoco hubiera éstos, el Párroco, el Alcalde ó el Juez municipal, los cuales resolverán por mayoría de votos las dudas que ocurran.

La herencia se entenderá entonces aceptada á beneficio de inventario.

Guarda asimismo consonancia con el punto que examinamos la disposición del art. 1.057 del Código, por la cual se autoriza al testador para someter por acto *inter vivos* ó *mortis causa,* para después de su muerte, la simple facultad de hacer la partición á

cualquiera persona que no sea uno de los coherederos, aunque entre éstos haya alguno menor de edad ó sujeto á tutela; pero si el comisario es el elegido para tal misión, deberá inventariar los bienes de la herencia, con citación de los herederos, acreedores y legatarios.

¿Qué interpretación debe merecer la frase *clases determinadas*, comprendida en el art. 671, y para los efectos que éste persigue? ¿Podrá incluirse en ella, por ejemplo, el caso de que el testador diga: «dejo mi herencia á mis hijos, mis hermanos, mis sobrinos, etc.», y deberán aplicarse conjuntamente las prescripciones de los artículos 671, 769, 770 y 771? ¿Cuál debió ser el propósito del legislador en el punto concreto de la fijación de facultades á la única clase de comisarios ó procuradores para testar respetados hoy por el Código? Opinamos que por la significación de los ejemplos que, solamente á guisa de tales, enumera nuestro art. 671, *parientes, pobres, establecimientos de beneficencia,* quedan excluídos, para los efectos de aplicación de aquél, de la expresión genérica *clases determinadas,* los parientes cuyo parentesco se concreta en forma que excluye toda duda, como el de las personas que antes citamos. Son los mencionados ejemplos indicadores de ideas más generales y vagas, equivalentes á clase social determinada, clase profesional, industrial, económica ó de posición, de fortuna, etc., como la clase de huérfanos, de criados, de trabajadores, de maestros, de artesanos, de pintores, de carpinteros, etc., etc., y, por tanto, sólo en este último caso, tendría el mandatario las amplias atribuciones que le confiere el art. 671. Si ocurre el otro caso, creemos que aquél no debe de tenerse en cuenta y sí los preceptos de los citados artículos 769 á 771, es decir, por encima del arbitrio del procurador testamentario, se entenderán nombrados herederos todos los hijos, hermanos, sobrinos, etc., que realmente tenga y sobrevivan al testador, sin exclusión de ningún género, ó los que, por el derecho de acrecer, en los casos en que proceda, sustituyan á los primeros.

Según el art. 1.101 de la ley de Enjuiciamiento civil, cuando un testador haya ordenado que el todo ó parte de sus bienes se distribuya entre sus parientes, hasta cierto grado, entre los pobres otras personas que reúnan ciertas circunstancias, pero sin designarlas por sus nombres, se hará la declaración del derecho y adjudicación de los bienes mediante un procedimiento espe-

cial, que detalladamente regulan los artículos 1.103 á 1.129 de la referida ley, á la cual, con tal motivo, nos remitimos para mayores ampliaciones.

Resulta, pues, como consecuencia de lo indagado: que, con la única excepción establecida por el art. 671, en el sentido que hemos dicho, ninguna persona más que el mismo testador puede formar su disposición testamentaria, aunque se trate de cláusulas sin importancia alguna. No olvidarse de que el epíteto *personalísimo,* adjudicado por el legislador al testamento, señala, de terminante y expresiva manera, lo radical que ha querido ser aquél al suprimir una institución que venía ya condenada por la ciencia y por la misma legislación positiva española y extranjera; por consiguiente, si algún testamento se hiciera infringiendo lo dispuesto en los artículos 670 y 671, sería nulo, según la disposición aplicable á tal caso del art. 687, que declara la nulidad de todo testamento en cuyo otorgamiento no se hubieren observado las formalidades respectivas y establecidas en el presente capítulo.

Fundado en los mismos principios, el art. 830 expresa que la facultad de mejorar no puede someterse á otro.

Puede ocurrir también el caso de que el testador otorgue por sí mismo ciertas disposiciones del testamento, y respecto de otras autorice á un comisario ó mandatario para que las dicte á su nombre. ¿Será por esto nulo todo el testamento, ó solamente las cláusulas en que habría de intervenir el procurador testamentario? Opinamos que, procediendo por analogía á lo que se preceptúa en el art. 764 del Código, si el testamento es válido, aunque no contenga institución de heredero, ó ésta no comprenda la totalidad de los bienes, aunque el nombrado no acepte la herencia ó sea incapaz de heredar, deberá mantenerse como subsistente y eficaz lo que el testador haya ordenado bajo el imperio y solemnidades de la ley, y sin ningún efecto lo que resulte en contraposición con las prohibiciones terminantemente dispuestas; aplicándose entonces las reglas y efectos de la sucesión testamentaria, en cuanto á lo prescrito por el mismo testador, y quedando en beneficio de los herederos legitimos el remanente de los bienes á que se refieran las cláusulas en que haya intervenido comisario, las cuales quedarán invalidadas por ministerio de la ley. Aunque el art. 687 declara nulo el testamento en el cual no se observen

las prescripciones del presente título, es natural que aluda bajo el indicado supuesto el legislador á la falta de solemnidades comunes á todo el testamento, que afectan por igual á todos sus extremos y disposiciones, como la falta de Notario, de suficiente número detestigos, la concurrencia de dos ó más testadores mancomunadamente en todas las cláusulas testamentarias, etc., etc. Pero si el testamento aparece dictado con las formalidades previstas por la ley, en lo que afecta á la integridad del mismo, y después el testador, extralimitándose en la facultad de mejorar, en la manera de hacer la institución hereditaria, en la infracción de los artículos 670 y 671 respecto al nombramiento de comisario encargado, por ejemplo, de distribuir cierta parte de la herencia en legados, etc., hace incurrir al testamento en el vicio de nulidad, lo restante de sus disposiciones debe ser perfectamente válido y de rigor su cumplimieto.

El art. 687 sí aprecia en general una nulidad; pero por las reglas de hermenéutica jurídica, tal declaración es preciso armonizarla y hacerla depender del espíritu de los demás preceptos sobre sucesiones, amoldándola al organismo testamentario establecido por el Código, muy distinto hoy, como ya hemos dicho, del que regía con anterioridad á la famosa *ley única, tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá*, la cual, incorporada virtualmente á nuestro Derecho civil novísimo, destruyó el principio de que nadie podrá morir parte testado y parte intestado, y por tanto, dió á entender de modo indudable que dentro de un mismo testamento podían darse cláusulas válidas y cláusulas ineficaces, y haber lugar en consecuencia á la sucesión testamentaria y á la legítima ó de *ab-intestato* juntamente. Y por esto también dice el núm. 2.° del art. 912 del Código que la sucesión legítima se verificará además cuando el testamento no contenga institución de heredero en todo *ó en parte* de los bienes, ó no disponga de todos los que corresponden al testador, teniendo lugar la sucesión legítima entonces solamente respecto de los bienes de que no se hubiere dispuesto.

***

Refiriéndonos ahora á la anterior legislación sobre testamen-
t por comisario, nos enseñan substancialmente las disposicio-
r anotadas en los *Precedentes legales* y otras con ellas concor-

dantes, que para ejercer tal cargo de mandatario era preciso gozar de la testamentifacción activa y reunir las condiciones legales de procurador ó apoderado. Para poder testar en tal forma era preciso que el testador otorgase poder, ante el Escribano ó Notario y testigos necesarios, según la clase de testamento que se adoptase, ó que impusieren las circunstancias, insertándose una copia del poder en aquél.

Las facultades que correspondían al comisario variaban según fuera el poder general ó especial; en el primer caso, había de pagar las deudas y cargas de conciencia del finado, y del remanente de los bienes, invertir, primero, la quinta parte en bien del alma de aquél, y partir lo restante entre los herederos *ab-intestato*, si los hubiera, ó, en otro caso, destinarlo á obras pías por la memoria del poderdante. El comisario no podía nombrar heredero más que á la persona que en tal concepto fuere designada por su nombre en el poder, precisando para esto que el testador hubiese dado autorización expresa y terminante al mandatario.

Las facultades de aquél, cuando se trataba de poderes especiales, eran las que resultaren establecidas de la cláusula ó cláusulas del mandato, y no ninguna otra; estándole prohibido entonces instituir heredero, sustituir, desheredar, mejorar, nombrar tutor, revocar el testamento hecho por un comitente y otras más, que precisa la jurisprudencia, como las de no hacer codicilo ni declaración alguna una vez otorgado el testamento (sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Marzo de 1861), porque el principio de que «la voluntad del hombre es ambulatoria hasta la muerte», en las últimas disposiciones, se entiende del que dispone como dueño de sus bienes, y es inaplicable, por no ser igual la condición jurídica de ambos, al que testa en virtud de facultades que otro le otorga y limita, á no ser que conste habérselas concedido expresamente para usar de ellas una y otra vez (sentencia de 31 de Marzo de 1876).

Si eran varios los comisarios y discordasen en su manera de cumplir lo encargado, decidía la mayoría, y si hubiera empate, lo resolvía el Juez de primera instancia del lugar de donde fuere el comitente; y si este lugar no fuere el de la residencia del Juez, el Alcalde ordinario de dicho pueblo, ó habiendo muchos, el que la suerte designara.

El testamento debía formarse por el comisario dentro del tér-

mino de cuatro meses, si al tiempo en que se otorgó la escritura de poder se hallaba dicho comisario en el lugar del otorgamiento; seis meses hallándose ausente, pero dentro del Reino, y un año si estuviera en el extranjero. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Septiembre de 1863 declaró que tales términos fueron establecidos en beneficio del comisario testamentario, y podían ser renunciados por él y ser prorrogados por el tiempo que juzgase conveniente al objeto que se proponía. Transcurridos que fueran tales términos, sin hacerse uso de la facultad de la prórroga, el comisario no podía ejercer de tal, aun cuando alegare no haber tenido noticia del poder, y se cumplía lo que el testador hubiera previsto señaladamente, ó en su defecto, se adjudicaba la herencia á los herederos *ab-intestato,* que debían disponer dentro de un año del quinto en favor del alma del finado, si no fueren ascendientes ó descendientes del mismo; si se tratare de parientes colaterales deberían cumplir tal obligación dentro de dicho término, ó en otro caso, serían compelidos á ello de oficio ó á instancia de cualquiera del pueblo.

*
* *

C) Del testamento por comisario en las legislaciones forales.— Disienten los tratadistas de Derecho foral sobre si en Aragón ha existido ó no el testamento por comisario, según la distinta inteligencia que da la primera de las Observancias allí vigentes, la cual admite el consentimiento de una persona para que su última voluntad pueda ser redactada por un tercero; inclinándose por la afirmativa la mayoría de los jurisconsultos del país y autores de más fama. Lo que existe en Aragón, como indudable, es la costumbre de confiarse los esposos respectivamente la facultar de designar el sucesor en la casa familiar, siempre que no lo hayan hecho ya en vida ambos; y, en el caso de morir los dos, la de facultar á un consejo de familia para la designación de dicha persona.

En Vizcaya existe de modo claro y expreso *la ley 3.ª, tít. XXI del Fuero,* titulada «*De los comiffarios* y *cómo pueden elegir herero,*» que declara: *por cuanto muchos en su fin no pueden orenar, ni hacer sus testamentos y mandas, ó aunque pueden no uieren declarar su postrimera voluntad y dan poder á algunos...* El omisario está facultado en este país para hacer la designación

de heredero en favor del que más idóneo ó hábil le parezca de entre los que haya dejado el testador, aun no habiéndoselo indicado éste. Pero si los hijos ó descendientes ó *profincos* fuesen menores de edad al tiempo del fallecimiento del testador y no se hallasen en disposición de poder casarse, los comisarios son los que han de hacer la designación del heredero, después que aquéllos cumpliesen la edad y en el término de un año; y este mismo plazo tienen los comisarios, á contar desde la muerte del testador, cuando los hijos ó herederos, en tal época, fueren mayores de edad y pudiesen casarse. Si alguno de los comisarios fallece sin cumplir su encargo, éste se refunde en los sobrevivientes.

En Cataluña y Navarra no se conoce el testamento por poder.

ART. 672. Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas ó legados haga el testador, refiriéndose á cédulas ó papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio ó fuera de él, será nula si en las cédulas ó papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.

Concordancias. — Igual al art. 560 del proyecto de Código de 1851 y al 667 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. —*Ninguno.*

COMENTARIO.— *Validez de las memorias testamentarias.*—Hallamos en el artículo anotado comprobada otra de las varias notas esenciales que adjudicábamos al testamento, cuando le definíamos según nuestro modesto criterio. Decíamos, en efecto, que el testamento era un acto solemne, tomada esta palabra en un sentido relativo, es decir, concurriendo en el otorgamiento de aquél mayor ó menor número de formalidades, pero, al fin, siempre las indispensables para que la manifestación de la última voluntad ofrezca todas las garantías necesarias de autenticidad y de credibilidad. Pues bien: á eso tiende también nuestro art. 672: á procurar que no sean en adelante admitidas disposiciones tes-

tamentarias que una simple práctica introdujera, y que no reunían, ante la ciencia ni ante los resultados que la experiencia acreditaba, dichas dos ineludibles condiciones, exigidas aun en el testamento privilegiado de menor número de solemnidades.

Ya deduciremos del examen de todas las formas de testar que el Código regula, cómo los codicilos, institución nacida al amparo y con la autoridad del Derecho romano, dejan de tener, desde la publicación de aquél, fuerza legal entre nosotros, en cuanto dicho Código para nada los menciona ni á ellos alude en lo más mínimo; exigiendo, por el contrario, que no podrá testarse sino con arreglo á las pautas y según los requisitos taxativamente establecidos para cada caso. No se refiere á ellos determinadamente tampoco el precepto que comentamos, pero de su espíritu asimismo deducimos que el propósito indudable del legislador es siempre constante, en el sentido de hacer desaparecer todas aquellas disposiciones de última hora que no llenan las exigencias del menor número de solemnidades requerido. Alguna distinción existe entre los codicilos y las memorias testamentarias, pues aquéllos constituían un verdadero testamento, mucho menos solemne que el normal y destinado solamente á contener disposiciones á título singular; y las segundas no eran un nuevo testamento, sino una especie de ampliación, de aclaración del primero ó anteriores otorgados sin solemnidad de ningún género, puesto que sólo se exigía que en los testamentos de que tomaba su fuerza se indicara la contraseña ó señales necesarias para significar que la memoria testamentaria procedía del autor de aquéllos y no de cualquiera otro que hubiera podido suplantar la verdadera voluntad del testador en cada caso. Pero codicilos y memorias convienen en la idea de que son formas de testar con el número menor de solemnidades posibles.

Las memorias testamentarias, á las que sin duda alguna se refiere el art. 672, tal como las admitió y reguló la legislación precedente, sólo se respetan hoy si fueron extendidas en fecha anterior á la de la publicación del Código civil, según la disposición transitoria segunda del mismo. Para lo sucesivo, tampoco :de decirse que se han suprimido por virtud del citado artículo. que hace éste es exigir mayor número de formalidades, como la á entender la idea de que revistan la forma por lo menos un testamento ológrafo; pues, como dice muy bien el juris-

consulto Sr. Gutiérrez *(Códigos ó Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español)*, donde exista el testamento ológrafo no tiene la memoria testamentaria ni aun la excusa de su necesidad. Pero el concepto que aquélla representa subsiste todavía en la nueva legislación, ya que el artículo que estudiamos admite la posibilidad de que un testador en su testamento pueda referirse á papeles ó cédulas privados, considerados como parte de aquél, y en relación inmediata con sus demás disposiciones ó cláusulas. De modo que la memoria testamentaria se mantiene hoy, aunque elevándola á otra categoría de mayores formalidades y respeto. Podrá decirse que su otorgamiento da lugar á la formación de otro nuevo testamento solemne, perfectamente admitido por el Código aun para casos de mayor importancia; pero, si no en la forma, en la esencia, quedará la idea de una disposición testamentaria, complemento y aclaración de otra anteriormente otorgada.

No puede señalarse con exactitud el precepto ó práctica legal á que deben su origen las memorias testamentarias. Según declara la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Enero de 1856, además de existir, en apoyo de aquéllas, autores respetables y jurisprudencia, las ha reconocido como eficaces y valederas el legislador, en el hecho de haber prescrito reglas en los artículos 1.398, etc., de la ley de Enjuiciamiento (la de 1855) para su protocolización, reglas que no es lícito graduar de ociosas é irrisorias. Todos los autores convienen, en efecto, que la costumbre, remediando un estado de cosas que la realidad imponía, se encargó de que prevaleciese una manera de testar menos solemne para satisfacer los deseos del testador, que, por motivos muy respetables, quisiera dejar hasta última hora la expresión de ideas ó mandatos que al principio no estaba en el caso ó no quería dar á conocer, la manifestación de ser su heredero ó legatario quien, en ocasión para él más propicia, designase, etc., etc., sin necesidad de recurrir al otorgamiento en forma solemne, y, por tanto, más molesta, dispendiosa y difícil, de un testamento con Escribanos, testigos y demás formalidades. Esta misma necesidad la reconoce hoy el legislador, al ordenar que la memoria testamentaria, por lo menos, se haga constar en la forma de testamento más sencilla y más al alcance de todas las personas.

El ilustre jurisconsulto D. Manuel Cortina, en un luminosí-

simo informe que pronunció en el año 1857, ante la Sala segunda de la Audiencia territorial de Madrid, decía: «aunque durante treinta y cuatro años que llevo de Abogado, sin los de aprendizaje, he visto pasar por delante de mí, siempre desde este sitio, muchos dramas judiciales, jamás he visto ninguno en que se haya declarado la nulidad é ineficacia de una memoria testamentaria, *sólo por serlo*. Mas me atrevo á decir: no ha habido un solo escritor que haya rechazado por entero las memorias; unos han creído que puede hacerse en ellas más de lo que para otros las han considerado eficaces; pero ninguno ha negado la posibilidad de que por ellas se complementen las disposiciones testamentarias.»

En 24 de Enero de 1841 se dictó por el Ministerio de Gracia y Justicia una Real orden-circular á los Presidentes de las Audiencias de Cuba, en la que se recomendaba á éstas, con el objeto de remediar el abuso de reservarse el nombre de los herederos para hacerlo constar en papeles ó memorias testamentarias, que hagan entender á los pueblos del territorio y á los Escribanos públicos, que, según las *leyes* 7.ª y 8.ª, *tít. III, Partida 6.ª*, el nombramiento de la persona del heredero sólo puede hacerse en testamento ó codicilo. Pero esta disposición pugnaba abiertamente con una costumbre grandemente arraigada, que no podían destruir los esfuerzos del Poder ministerial; y prueba de ello es que tal orden cayó en el vacío y se olvidó recién publicada. Además, según expresa el referido insigne jurisconsulto, que en esa fecha era miembro de la Regencia provisional, dicha Real orden no fué publicada oficialmente, ni se refería más que á las provincias de Ultramar, ni tenía más alcance que suprimir el abuso que existía en la Habana, de hacer en las memorias testamentarias las instituciones de heredero, sin pretender derogar aquéllas ni menos el designar en las mismas el nombre de la persona instituida heredero, según las indicaciones del testamento.

El insigne tratadista D. Pedro Gómez de la Serna, según un estudio publicado en el tomo 21 de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, es enemigo de las memorias testamentarias, ó, al menos, del extraordinario alcance que la práctica les ha dado, aunque reconoce que son legalmente respetables en los Tribunales. Dice á este propósito: «si al legislador del Fuero Real y de las Partidas, si á los del Ordenamiento de Alcalá y de las leyes

de Toro, se hubiera dicho que sus disposiciones tan meditadas, tan concienzudas, tan minuciosas para evitar falsificaciones que arrancaran la herencia á aquellos á quienes el testador había querido favorecer, ó á los herederos legítimos en su silencio, pudieran algún día ser interpretadas de manera que se prescindiera de ellas por completo en la institución de heredero, en la parte principal del testamento, de seguro que se habrían sublevado contra semejante interpretación, y contestado, tal vez, á los que quisieran añadir algunas palabras para consignar que todo lo que no se hiciera del modo prevenido era nulo, que esta precaución sobraba, y que cuando la ley establece formas determinadas para que merezcan fe las escrituras de un acto ó de un contrato, implícitamente quita la eficacia á las que carezcan de semejante requisito.» Y contestando á los que pudieran argumentarle con la advertencia de que, como individuo de la Comisión redactora de la ley de Enjuiciamiento civil, contribuyó á reconocer, según hizo ésta, la validez de las memorias testamentarias, dice que aquella ley no se dió para reformar las leyes sustantivas, teniendo que respetar, por mandato de las Cortes, las materias propias y exclusivas del Derecho civil, contenidas, no sólo en la ley escrita, sino también en la jurisprudencia. En los mismos motivos que preceden á dicha ley, expresa la Comisión: «por más que el Derecho escrito no las autorice (á las memorias testamentarias), es innegable que en la práctica se las da fuerza, y que diferentes fallos del Tribunal Supremo las reconocen, cuando se ha hecho de ellas mención en el testamento y se hallan en la misma forma que el testador las describe.» «Cualesquiera que sean los inconvenientes que de esta práctica resulten, por más grande que sea la facilidad de las falsificaciones, á la sombra de las memorias testamentarias, no era la Comisión que entendía en la reforma de las leyes procesales, la que podía corregir en el particular las disposiciones del Derecho civil; tenía, por el contrario, que partir del estado de cosas existente; y, por lo tanto, estaba en el caso de evitar, en las diligencias para la protocolización, abusos que hicieran más funesto lo que ya por sí estaba sujeto á gravísimos inconvenientes.»

Según el Derecho anteriormente vigente, las memorias testamentarias son válidas cuando aparecen en la propia forma que indica el testamento, por no haber ley que las prohíba y estar

autorizadas por la práctica; pero es requisito indispensable haberse hecho mención de ellas en el testamento (sentencias de 10 de Julio de 1850 y 7 de Octubre de 1854). Las cédulas testamentarias que contengan las circunstancias prevenidas por el testador, son válidas y forman parte de su testamento, siquiera no se hallen firmadas por él (sentencia de 19 de Octubre de 1861). Aunque el testador hable en su testamento de una sola memoria, y se halle mayor número, se podrán todas considerar como una y continuación de la primera, cuando así aparezca de su contexto, haya entre ellas conexión y enlace de los sucesos ocurridos, resulten necesarias las posteriores y sea una misma la forma de su redacción (sentencias de 13 de Octubre de 1873 y 13 de Junio de 1877). Tienen las memorias testamentarias su índole y naturaleza especial, notoriamente distinta de los testamentos, con los que, sin embargo, deben de protocolizarse, siempre que en las memorias se hallen las señales que en aquéllos se hubiesen designado para darlas á conocer; y, por consiguiente, nunca puede darse el carácter de memoria á un testamento cerrado, aunque de él se haga mención en un codicilo otorgado por el mismo testador (sentencias de 18 de Noviembre de 1865 y 29 de Enero de 1885). La doctrina que reconoce la validez de las memorias testamentarias no se opone á que puedan ser declaradas nulas cuando adolezcan de algún defecto sustancial ó se pruebe su falsedad (sentencia de 14 de Febrero de 1884).

A pesar de determinar la ley de Partida que la institución de heredero no pudiera hacerse nunca más que en testamento, la práctica y la jurisprudencia fueron autorizando que en tales memorias se hiciesen todas las manifestaciones que se suelen hacer en los testamentos, pues siendo aquéllas un verdadero complemento ó parte integrante de éstos, natural es que lo que en el uno quepa, en las otras deba ser admitido. Tampoco se oponen á esta doctrina los mismos preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil, los cuales, tanto como las enseñanzas del Tribunal Supremo, dan á entender que no es el contenido de las memorias testamentarias, sino su forma ó las señales que acrediten su verdad utenticidad, lo que puede dar motivo á su validez ó nulidad.

Según el art. 1.969 de la referida ley Procesal, el que tenga en poder alguna memoria testamentaria deberá presentarla al ez competente (el del lugar en que aquéllas se hubieren otor-

gado, art. 63, regla 22 de la misma ley), en cuanto sepa la defunción del otorgante, pidiendo su protocolización y manifestando la causa de que obre en su poder; con el escrito presentará documento en que acredite dicho fallecimiento, y exhibirá copia fehaciente del testamento en que se indiquen la existencia de la memoria y las señales que debe reunir para ser considerada como legítima; y no presentándose dichos documentos, dictará el Juez providencia mandando que se traigan á los autos, siguiéndose después la tramitación que prescriben los artículos siguientes hasta el 1.979 inclusive.

Los requisitos que han de concurrir en la formalización del testamento ológrafo están contenidos en el art. 688 del Código, y son el de poder otorgarse sólo por personas mayores de edad, el extenderse en papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento y el estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue, salvando aquél, bajo su firma, las palabras tachadas, enmendadas ó entrerenglonadas que existan.

Realmente son excesivas tales formalidades para el otorgamiento de una memoria testamentaria, ó, por lo menos, consideraríamos suficiente que aquélla la suscribiera y firmara el testador, además de contener las señales ó indicaciones que de antemano hubiera señalado para evitar toda duda de autenticidad; parangonando así, en lo esencial, tal documento á un testamento ológrafo, sin elevarlo por completo á la categoría de éste; y tal cual hacen los Códigos extranjeros que admiten esa forma de testar. En efecto: el Código portugués (art. 1.741) declara que no producirá efecto alguno la disposición que dependiese de instrucciones ó recomendaciones hechas á otro secretamente, ni la que se refiriese á documentos sin legalizar ó no escritos ni firmados por el testador. Según los artículos 2.084 y 2.085 del Código de Sajonia, el testador puede hacer uso de la facultad de referirse en el testamento á un documento especial, para determinar el heredero beneficiado ó cualquier objeto de sus disposiciones; pero tal documento ha de estar suscrito de puño y letra del testador y firmado por el mismo y ha de contener el nombre y apellidos del agraciado con todas sus letras, así como el lugar, día, mes y año en que fué redactado; y, por último, si alguna otra circunstancia dice el testador que ha de tener el documento, el lugar en que se

encuentre, etc.; con cuyas ideas convienen asimismo, en lo sustancial, los artículos 1.002 del Código de Chile y 1.058 del de Colombia.

Lo esencial es, según todos los autores que hemos consultado, que exista la seguridad de que un mismo pensamiento y una sola voluntad hayan producido el testamento y la memoria; y esto se logra con las medidas de precaución que aconsejamos. Con lo cual tal forma de testar aventajaría, como dice un jurisconsulto español, á los codicilos y al testamento ológrafo: á los primeros, porque no exigen la presencia de Escribano y testigos, ni tienen que confirmar la validez del testamento, ni entrar en cuestiones sobre el carácter de uno y otro; tienen la ventaja del testamento secreto, sin exigir las formalidades del codicilo y del testamento cerrado, y la de poder hacer varias memorias inutilizando por su mano el testador las anteriores, si no quiere que valga más que una; y ofrecería mejor garantía que el testamento ológrafo, pues escritas, fechadas y firmadas por dicho testador, como aquél, estarían además confirmadas por el testamento que las daba existencia, mediante condiciones determinadas ó requisitos necesarios é indispensables.

Comparando nuestro art. 672 con el 688, ¿podrá hacer uso de la facultad que aquél concede un testador mayor de catorce años y menor de veintitres? Es decir, ¿podrá otorgar memoria testamentaria el que se encuentre en tal edad, aunque tenga que darla la forma de un testamento ológrafo? Parece que el precepto de dicho artículo es terminante y no admite distinciones; todos los requisitos de aquella clase de testamento son los que han de concurrir en la formalización de la cédula privada, y el de la edad es el que primeramente menciona el expresado art. 688. Mas esto no obstará para que el que goce de la testamentifacción activa normal en cuanto á la edad, esto es, el que cuente catorce años cumplidos, pueda otorgar el testamento primero á que alude la disposición que comentamos y en el que anuncie los papeles y cédulas privadas que sirven á aquél de aclaración ó complemento, si- perjuicio de que para llegar á extender la memoria testamenta a anunciada, sea de rigor que haya llegado á la mayor edad. E es la deducción lógica y estrictamente exacta que los prece os legales ofrecen. Y, por esto, juzgábamos antes exagerado el 'ance de las medidas de precaución tomadas por el legisla-

dor contra una forma de testar, si bien digna de alguna desconfianza, tal como antes la conocimos, por los abusos que indudablemente ocasionaba, admitida hoy como necesaria por el mismo legislador; quien, por tanto, debía limitarse á resguardarla de peligros y á defenderla contra verosímiles adulteraciones, no más posibles ni frecuentes tratándose de menores de veinticinco y mayores de catorce años.

¿Sólo tienen hoy cabida en las memorias testamentarias disposiciones referentes á institución de heredero, mandas ó legados, como dice el art. 672; ó, por el contrario, cabe en ellos todo lo que se admite en el testamento, es decir, la manifestación de la última voluntad del testador en cualquiera de los órdenes de la vida y necesidades que aquél sienta? Creemos que lo último es lo más exacto, y que las frases referidas que emplea nuestro art. 672 están puestas sólo como ejemplos; mucho más teniendo en cuenta que para otorgar una memoria testamentaria se necesita hoy otorgar un verdadero testamento, un testamento ológrafo; y sería una duda del todo impertinente la de preguntar si en uno de dicha clase puede cualquier testador, que tenga las condiciones requeridas por la ley, disponer todo lo que se le antoje, sin más que atemperarse á las restricciones generales señaladas por el Derecho. De suerte que, bajo las indicaciones ó anuncios hechos en el primer testamento, está facultado el testador en una cédula privada, para nombrar tutor á sus hijos ó descendientes, reconocer á un hijo natural, nombrar albacea ó comisario encargado de ejecutar lo que prescribe el art. 671 del Código, dar recomendaciones en cualquier sentido á su familia de lo que ha de hacerse, ocurrido el fallecimiento; en una palabra, no deben limitarse sus facultades de disponibilidad á nada que no esté ya de antemano asimismo fijado para el que otorga un testamento. Lo propio ocurría según la anterior legislación, como ya tenemos dicho, y eso que las formalidades eran entonces en menor número y de menos importancia.

La protocolización de las memorias testamentarias no debe practicarse hoy día según los trámites de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, sino con arreglo á los preceptos procesales que nuestro Código señala para protocolizar el testamento ológrafo que es, al fin y al cabo, á lo que vinieron á quedar reducidas actualmente las cédulas ó papeles privados; y, por tanto, á l

sección cuarta del presente capítulo es preciso acudir, y en ella, á los artículos 689 á 693, que, en nuestro concepto, han sustituído á los 1.969 á 1.979 de la citada ley adjetiva. Y por eso, seguramente, al legislador se le olvidó señalar en nuestro art. 672 un requisito, quizá el más esencial, que ha de concurrir en las memorias testamentarias, ó sea el de que éstas no producen ningún efecto, aun otorgadas con todas las solemnidades debidas, si no son protocolizadas en la Notaría donde lo esté el testamento del que toman su fuerza, después de haber ordenado tal protocolización el Juzgado de primera instancia correspondiente, mediante la instrucción del oportuno expediente de jurisdicción voluntaria. Equiparados el testamento ológrafo y la cédula testamentaria, ó reducida ésta al primero, se creyó que holgaba repetir los efectos y requisitos que el Código taxativamente determina en la expresada sección cuarta del presente capítulo.

***

Las memorias testamentarias en las legislaciones forales.—En Aragón y en Navarra, la memoria testamentaria está sujeta á los mismos ó muy semejantes principios legales que en la anterior legislación común. Así lo dan á entender el *Fuero aragonés de 1678* y el de *Navarra* y su *Novísima Recopilación de las leyes*. Con respecto al primer país, la sentencia de 8 de Mayo de 1862 había declarado que la manifestación que hace el testador de que se hallaría cerrada y entre sus papeles una cédula testamentaria, no puede estimarse como requisito indispensable ó condición precisa y exigida para la validez de aquélla; mientras que la sentencia de 24 de Marzo de 1865 estableció que, según el *Fuero de Aragón*, para que una memoria testamentaria sea tenida por testamento y última voluntad de su autor, es necesario que se haya otorgado ante Notario ó Escribano público y dos testigos, ó en defecto de aquél, ante el Cura párroco é igual número de testigos. De modo que resulta cuestión de nombres, ya que p[illegible] testar solemnemente se exige iguales formalidades en entid[illegible] y número; el testamento foral de Aragón, del propio modo, n[illegible] puede otorgarse más que en las antedichas dos formas que se[illegible]ala la sentencia de 1865. Respecto al territorio de Navarra, la se[illegible]ncia de 13 de Octubre de 1873 declaró ser jurisprudencia

inconcusa la de que las memorias testamentarias son válidas y deben cumplirse cuando se encuentran en la forma que resulta del testamento y no ofrece dudas su autenticidad; y, por consiguiente, el estimarlas válidas no supone infracción de la *ley 30 del Código, De testamentis,* la *nota 33 de la misma ley,* las *leyes 4.ª á 7.ª, tít. XXIX, del Digesto, ni la 4.ª, tít. XXXII, libro sexto del Código.*

Por lo que se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Octubre de 1866, las cédulas testamentarias existen en el Derecho foral de Cataluña, pues en uno de los considerandos, combatiéndose apreciaciones en sentido contrario del apelante, se declara que dichas cédulas toman fuerza del testamento, y, consiguientemente, no necesitan de las solemnidades de éste; por lo cual, al darse valor y subsistencia á una cédula por la Sala sentenciadora, ésta no infringió, entre otras leyes que se citan por el recurrente, *la 1.ª, tít. I, libro sexto, volumen segundo de las Constituciones de Cataluña;* el *art. 3.º de las Reales Ordenanzas de 24 de Julio de 1755;* la *ley 28, tít. XV, libro séptimo de la Novísima Recopilación,* y las sentencias de 22 de Octubre de 1864 y 25 de Enero de 1862.

Opinamos en esta materia que las personas sujetas á la legislación foral, si quieren otorgar alguna cédula testamentaria en provincias del Derecho común, han de cumplir lo que el Código prescribe sobre el particular, pues, según el art. 11 de aquél, las formas y solemnidades de los testamentos se rigen por las leyes del país en que se otorgan.

ART. 673. Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo ó fraude.

Concordancias.—Igual al art. 668 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 674. El que con dolo, fraude ó violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedará

privado de su derecho á la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido.

Concordancias.—Igual al art. 669 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. —*Fuero Real, libro tercero, título IX, ley 3.ª*—Quando fijo, o otro heredero por ruego, o por falago, a su padre, o a su abuelo tuelle de fazer la manda que quiera facer, e facergela fazer de otra guisa, no debe haber la pena que manda la ley; ca aquel debe haber la pena, que por fuerza embarga al padre, o al abuelo que no faga la manda o que la tuelle que no puede haber los testigos, o Escribano con quien faga la manda. Otrosi, haya la pena quien por fuerza ficiere a padre o a abuelo fazer manda, o en otra manera que lo el quiera facer.

Partida 6.ª, tit. 1, ley 26.—Malamente yerran algunos omes embargando á las vegadas a otros, que non puedan fazer testamento. E porende es guisado que non finquen sin pena aquellos que la ficieren. Onde dezimos, que qualquier que tal embargo ficiera a otro, que deue perder el derecho que deue auer en los bienes de aquel que destorno, en qual manera quier que los deuiesse auer. E aquello que el perdiere por esta razon deue ser dela Camara del Rey. E otra pena deue auer por el grand yerro que fizo a Dios, e por el atreuimiento, e el tuerto que faze al señor de la tierra, e al alma del finado, e a todos los otros omes, en dar mal exemplo de si.

Partida 6.ª, tit. 1, ley 27.—Vanas, é malas razones mueven a los omes, a las vegadas, á embargar á otros, que non fagan sus testamentos. Ca algunos y en dellos, que facen esto, por que los hayan establescido sus herederos en sus testamentos, e veyendo que quieren facer otro testamento, embargan que lo non fagan, nin cambien aquel que auian ya fecho. Otros y a, que tan propinços, que atienden de heredar los bienes de sus pa-tes, si acaesciere que mueran sin mandar; e porende embar-los que non lo puedan fazer. Otros y a que maguer consien-que faga testamento, con todo esso quieren que lo ordene a guisa e a su plazer. E este embargo fazen en muchas mane-

ras, asi como faziendo fuerça a aquellos mismos que quieren fazer sus testamentos de guisa que los non pueden fazer. E otros y a, que amenazan los Escrivanos, e a los testigos, con quien lo han de fazer, en manera que non osan venir a aquel que quiere fazer su testamento de lo suyo. E porende mandamos que qualquier que embargasse a otro en alguna destas maneras sobredichas o en otra semejante dellas, sil fuere prouado, que pierda el derecho que podia auer en los bienes de aquel embargo, en qual manera quier. Empero, si fuerça, sin preuia e ninguna, nol fiziesse, mas rogandole por buenas palabras, lo aduxesse a que non fiziesse testamento; estonce, non perderia lo que deuia auer o heredar de los bienes del maguer el otro por su dicho, o por sus palabras, se dexasse fazer el testamente, o de cambiar el que antes auia fecho. E otrosi decimos, que si los fijos embargaren al padre, que non faga su testamento, que non puedan despues heredar en los bienes del padre, maguer muera sin manda. Mas si fuessen dos fijos, o mas, e el vno dellos embargase que non ficiesse el testamento, non los otros, aquellos que lo non embargassen, deuen auer cada vno su parte, e la parte de aquel que lo embargo deue ser del Rey. E esso mismo seria, si el padre embargasse al fijo, que non fiziesse su testamento, de las cosas que lo podiesse facer.

Partida 6.ª, tít. I, ley 29.—Voluntad aviendo algund ome de establecer a otro por heredero de su testamento, o de mandarle alguna cosa en el, si otro tercero lo embargasse por fuerça, o por engaño, que lo non fiziesse; si el embargo o el engaño podiesse ser prouado, deue aquel que lo fizo, pechar al otro a quien deue ser fecha la manda, doblado todo aquello, que fizo perder por tal razon como esta.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 673 Y 674.—*Concepto del dolo y del fraude con relación al testamento.*—Otra de las notas características que señalamos al dar la definición del testamento, era la de ser este acto espontáneo, consciente, libre. De su confirmación en la esfera legal tratan los artículos anotados, 673 y 674, principalmente el primero, porque el segundo es un precepto sancionador y penal, contra el que da lugar á determinados motivos de anulación de la voluntad del que testa.

Dolo, fraude, violencia: todas estas ideas representan un ate

que á la libre espontaneidad, á la libertad del que, por causa de muerte, necesita más que nunca que su conciencia, su inteligencia, sus actos volitivos, se determinen únicamente por las inspiraciones del propio pensar y del propio obrar.

La colecación, sin embargo, de los transcritos preceptos no nos parece lo más adecuada y conveniente en el presente lugar. El primero de ellos alude á un motivo de nulidad de testamento; y para este objeto, hay en el Código un apartado exclusivamente destinado á tratar de la revocación é *ineficacia* de las disposiciones testamentarias, donde mejor pudiera tener cabida el artículo 673. Y el art. 674 se refiere á motivos por los que un heredero puede no llegar á serlo efectivamente; y también para esto hay un lugar en el Código donde, al empezar á tratarse de la herencia, se determina los que tienen *incapacidad* para disfrutarla, en el sentido restringido de tal palabra, y en el de *indignidad* para gozar de la cualidad de heredero. Pues bien: precisamente en dicha parte y en los números 6.° y 7.° del art. 756 se expresa que son incapaces de suceder, por causa de indignidad, los que con amenazas, fraude ó violencia obligaran al testador á hacer testamento ó á cambiarlo, y los que por iguales motivos impidieren á otro hacer testamento ó revocar el que tuviese hecho, ó suplantaren, ocultaren ó alterasen otro posterior. De modo que lo que hay aquí, en este segundo caso, es una redundancia de disposiciones con la que nada ganan la claridad del Código ni las exigencias de una acertada exposición metódica; porque nadie dudará que las causas que en el expresado lugar se exponen como motivos de incapacidad y de indignidad para suceder, son comunes á la sucesión testada y á la intestada. Por esto la mayor parte de los Códigos extranjeros que hemos examinado, el mismo derecho patrio anterior y hasta la legislación romana, tratan del objeto de nuestros artículos 673 y 674 al exponer las causas de incapacidad y de indignidad para suceder.

Teniendo definiciones oficiales en el Código, digámoslo así, de lo que debe de entenderse por violencia, dolo y fraude, á ellas habremos de acudir con preferencia, aunque estén dadas con relación á los contratos; pero en lo esencial tienen que convenir con lo que respecta á los testamentos. Ya sabemos que existen algunos tratadistas que ven en la institución testamentaria un verdadero contrato.

El art. 1.267 dice que hay violencia cuando, para arrancar el consentimiento, se emplea una fuerza irresistible; y, con relación á nuestro objeto, cuando el testador no ha podido sustraerse física ni moralmente á la causa que le indujo á testar en determinado sentido, y según los deseos del que empleó tal violencia. En el segundo caso, es decir, cuando el testador obra por virtud de influencias morales, existe más bien la llamada intimidación, que el mismo Código, en el apartado segundo de dicho art. 1.267, aprecia que hay cuando se inspira á uno de los contratantes (al testador en el presente caso) el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona ó bienes ó en la persona ó bienes de su cónyuge, descendientes ó ascendientes, debiendo calificarse la intimidación según la edad, el sexo y la condición del individuo, pues no bastará para ello el temor de desagradar á las personas á quienes se debe sumisión y respeto. La violencia, pues, de que trata nuestro art. 672, comprende en sí las dos ideas, la de fuerza ó violencia en estricto sentido, aludiendo á las influencias materiales ó físicas, y la que obra por motivos morales, ó sea la intimidación.

La *ley 7.ª, tít. XXIII, Partida 7.ª* entiende por intimidación ó miedo el «*de muerte ó de tormento de cuerpo ó de perdimiento de miembro, ó de perder libertad, ó las cartas porque la podria amparar ó de rescevir desonrra porque fincaria infamado; mas en otro miedo que non fuese de tal natura, a que dizen vano, non escuzaria al que se obligase por el*». Y la *ley 15, tít. II, Partida 4.ª* declara que la fuerza se debe de entender de esta manera: «*quando alguno aduzen contra su voluntad o le prenden o ligan*». «*E otrosi el miedo se entiende, cuando es fecho en tal manera, que todo ome, maguer fuesse de tan gran coraçon, se temiesse del; como si viesse armas o otras cosas, con quel quisiessen ferir o matar, o le quisiessen dar algunas penas, o si fuessen manceba o virgen e la amenaçassen que yacerian con ella.*» La sentencia de 27 de Diciembre de 1869 declara que si bien la *ley 28, tít. XI, Partida 5.ª* considera nulas las obligaciones constituidas por miedo, por fuerza ó por engaño, no es aplicable dicha ley cuando la única excepción que se alega por el que contrajo la obligación, es la del temor que le causaron sus antecedentes po líticos, sobre lo que, practicadas pruebas que aprecia la Sala, s determina que no existía verdadera causa de miedo.

Juzgamos que sin inconveniente alguno pueden aplicarse es

tas consideraciones á los testamentos, porque éstos asimismo suponen un consentimiento, si no precisamente contractual ó bilateral, consentimiento libre y reflexivo por parte del testador, é independientemente de cualquiera otra persona, para resolver y ordenar lo que su inteligencia y conciencia le han presentado como más conveniente y justo, bajo la responsabilidad moral estrecha y única de sus acciones.

Lo propio debemos decir del dolo ó fraude. Ambas ideas, aunque admiten una distinción, más bien escolástica que práctica (y que algunos jurisconsultos establecen, como Chardon, en su obra *Del dolo y del fraude*, tomo I, página 4), llevan envuelta la significación de engaño, mentira; hasta el punto de que la gran mayoría de los Códigos y tratadistas emplean solamente uno de dichos dos vocablos para expresar tal concepto. Y el mismo Rey Sabio, en la *ley 1.ª, tít. XVI, Partida 7.ª*, declaraba que el dolo es *engaño ó enartamiento que fazen algunos omes los unos á los otros por palabras mentirosas ó encubiertas e coloradas que dizen con intención de los engañar é de los decebir*. Nuestro Código civil, en su art. 1.269, declara que hay dolo cuando con palabras ó maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro á celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho. El artículo 931 del Código de la República Argentina llama acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, toda aserción de lo que es falso ó disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia ó maquinación que se emplee con ese fin; siendo precisas, según el art. 932, para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto, las circunstancias siguientes:

1.ª Que haya sido grave.
2.ª Que haya sido la causa determinante de la acción.
3.ª Que haya ocasionado un daño importante.
Y 4.ª Que no existiera por ambas partes.

Excepto la última, todas pueden aplicarse á la materia de testamentos.

La *ley 1.ª, § 2.º, tít. De Dolo del Digesto romano*, definía el dolo *mis calliditas* (disimulación artificiosa), *fallatio* (lenguaje em-tero), *maquinatio* (intriga urdida), *ad fallendum alterum aut piendum adhibita.*»

No tiene aplicación al caso presente la distinción, que establen los autores, entre dolo causante e incidental, simple y doble,

porque solamente tratándose del testador, caben: el causante, ó sea el que da lugar al engaño, de tal modo que sin éste no se hubiera otorgado el testamento que ha de ser nulo, y el simple, es decir, el dolo que se emplea exclusivamente por la tercera persona contra el testador, y no por éste y aquélla juntamente, lo cual se opone á la naturaleza de la institución testamentaria.

Según repetidísimas declaraciones del Tribunal Supremo, por ejemplo, en las sentencias de 28 de Octubre de 1867, 31 de Marzo de 1882, 3 de Marzo de 1884 y muchas otras, el dolo nunca se presume; á no ser en los muy contados casos que la ley determina, es preciso justificar su existencia.

Además, con referencia en general á la violencia y el dolo, éstos deben de alegarse en cada caso, porque lo normal y ordinario es que el testador ordene su última voluntad en estado de ser racional, completamente responsable de sus actos, y sin sugestión de influencias orgánicas ni de alicientes externos, que nieguen ó contradigan su libertad. Lo excepcional, pues, es lo que debe alegarse y acreditarse. Y, por consecuencia, la Sala sentenciadora es árbitra para apreciar en cada caso litigioso concreto si existieron violencia y engaño, y en el grado suficiente para producir la nulidad del testamento; y no porque el arbitrio judicial, en este como en otros problemas, sea preferible á la consagración que la ley escrita hace en cada caso, de los principios jurídicos, sino porque sería de todo punto imposible al legislador prever los múltiples ó, mejor dicho, infinitos supuestos acerca de la importancia de la violencia y del engaño y de los efectos que, según el temperamento del testador, ocasión en que aquéllos le producen, condición social del agente y del que recibe la influencia de esos fenómenos físicos y morales, etc., la realidad puede indistintamente ofrecer. Porque nadie se figurará que, según el art. 673, todo dolo y todo engaño anulan los testamentos. El legislador ha establecido el principio general, y la jurisprudencia en concreto determinará oportunamente las aplicaciones, y confirmará en cada cuestión contenciosa el propósito del legislador que dan á entender las palabras de dicho precepto. Así, según tales reflexiones, los Tribunales tendrán en cuenta motivos que otros Códigos más explícitos y los autores señalan al ocuparse de la influencia de la fuerza, miedo y engaño en la libre voluntad humana, al manifestarse en los actos jurídicos. Por ejemplo, dicen los Códigos d

la República Argentina y Chile (artículos 940 y 1.456), el temor llamado *reverencial*, esto es, el solo temor de desagradar á las personas á quienes se debe sumisión y respeto, ó el de los descendientes para con los ascendientes, el de la mujer para con su marido, ó el de los subordinados para con su superior, no son causa suficiente para anular el consentimiento. El Código francés (art. 1.112) dice que hay violencia cuando ésta es de tal naturaleza que haga impresión en persona razonable y que pueda inspirarle el temor de exponer su persona ó su fortuna ó sumas considerables; debiendo tenerse en cuenta la edad, sexo y condición de los individuos; siendo la violencia, según el art. 1.113, causa de nulidad también cuando se haya ejercido en la persona del cónyuge, descendientes ó ascendientes del contratante. El artículo 1.416 del Código mejicano declara que hay intimidación cuando se emplean fuerza física ó amenazas, que importan peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, ó una parte considerable de los bienes del que contrae, de su cónyuge ó de sus ascendientes ó descendientes; y, según el art. 1.417, cuando sólo hay abuso de autoridad paterna, marital ú otra semejante, se dice que hay coacción, pero ésta no anula el contrato. La intimidación por el art. 938 del Código argentino, no afectará á la validez de los actos, sino cuando por la condición de la persona, su carácter, ó sexo, pueda juzgarse que ha debido racionalmente hacerle una fuerte impresión; no habiendo intimidación (art. 939) por injustas amenazas, cuando el que las hace se redujere á poner en ejercicio derechos propios. Y una de las leyes anotadas en los *Precedentes*, la 27, *tít. 1*, *Partida 6.ª*, dice: «*.....Empero si fuerça, nin premia nol ficiesse, más rogándole por buenas palabras, lo aduxesse á que non ficiesse testamento; entonce non perderia lo que devia auer ó heredar de los bienes del, maguer el otro, por su dicho, ó por su palabra, se dexasse fazer el testamento ó de cambiar el que antes auia fecho.*»

Todas las clases de consentimiento que refieren las leyes, convienen en lo sustancial de considerar expedita y libre de influen-[illegible]s la voluntad de cada persona; por esto, los ejemplos que apun-[illegible]nos con relación al matrimonio y á los contratos tienen perfecta [illegible]licación lo mismo á la materia de testamentos. Ahora, ya se [illegible]mprenderá que la situación del testador que arregla sus últimas [illegible]posiciones, en los postreros instantes de su vida, ha de ser muy

tenida en cuenta, para juzgar de la entidad del dolo ó violencia ejercidos entonces; porque en esas circunstancias es más fácil sobrecoger y apoderarse del ánimo del que tiene en tal ocasión en grado extremo de debilidad y decaimiento sus facultades, tanto físicas como intelectuales.

Acción de nulidad.—Por los mismos principios expuestos, también deduciremos que los testamentos no son nulos, aunque en ellos el testador hubiera procedido por medio de violencia, dolo ó fraude suficientes para extinguir su voluntad, si nada se hubiera reclamado contra tales disposiciones por los interesados en su cumplimiento. Como dice el art. 1.414 del Código guatemalteco, el contrato hecho por error, violencia ó dolo no es nulo *ipso iure*, y sólo da lugar á la acción de nulidad. El interés público, por sí solo, nada le toca hacer cuando los directa ó indirectamente favorecidos ó perjudicados por el testamento no reclaman contra la concurrencia de los vicios de dolo ó violencia en la persona del testador, al manifestar su voluntad última; aceptando esto sin reparo y ratificando tácitamente actos que á ellos nada más interesan, porque, aun cuando la jurisprudencia enseña que la acción de dolo no es renunciable, esto es en general y para cuando se otorga un acto ó contrato antes de conocerse su desenvolvimiento jurídico y sus consecuencias, sin perjuicio de lo cual, ninguna ley ni Tribunal serán capaces de obligar á un contratante ni á un heredero ó legatario, ya designados, ya preteridos ó perjudicados en otra forma, á plantear judicialmente la acción de nulidad, si ellos aceptan *motu proprio* los efectos de un acto nulo, por haber concurrido en su producción violencia, dolo ó fraude. Esto no quiere decir que el testador pueda prohibir que se impugne el testamento en los casos referidos, en que existe nulidad declarada por la ley; pues esto se opondría á las más elementales ideas de justicia, y además lo condena el párrafo 2.° del art. 675 de nuestro mismo Codigo.

Ahora bien: la acción de nulidad que se desprende del precepto que comentamos y que pueden ejercitar todos los que se hallen interesados en un testamento, ¿dentro de qué plazo ha de hacerse valer? ¿Regirán las disposiciones del capítulo VI, título II, libro cuarto, del Código, que tratan de la nulidad de los contratos, y por tanto, el art. 1.301, que señala dicho plazo en cuatro años; ó, por el contrario, habrá que resolver la duda, á falta de

expresión del legislador sobre el particular, por las reglas de prescripción de acciones, ó sea por el art. 1.964, que fija á las acciones personales que no tengan señalado término, el de quince años?

Creemos que este último precepto es el que debe ser aplicado, tanto porque en ningún fundamento legal ni doctrinal podemos apoyar la idea de que el testamento sea un contrato, cuanto porque no conviene al primero ninguna de las reglas señaladas para el ejercicio de la acción de nulidad en el referido capítulo VI Además, dicho art. 1.964 alude á todas aquellas acciones de nulidad de que no se trata determinada y concretamente en las restantes disposiciones del Código, ni á aquellas que tienen señalado dicho plazo; lo cual es aplicable á la acción de nulidad, virtualmente comprendida en nuestro art. 673.

***

De los varios aspectos con que pueden presentarse en los testamentos la violencia, el dolo y el fraude: Su penalidad.—También, otra de las causas que puede anular la inteligencia del testador, es la del error, que influye igualmente en el consentimiento contractual. Pero de tal causa se trata ya en el art. 773, cuyo espíritu no hay inconveniente alguno en aplicar á todas las cláusulas testamentarias, además de la de institución de heredero. Según dicho precepto, el error en el nombre, apellido ó cualidades del heredero, sólo vicia la institución cuando de otra manera no pueda saberse ciertamente cuál sea la persona instituída. En efecto, ya hemos repetido muchas veces que la intención del testador prevalece y debe de respetarse, cuando es conocida, por encima de todas las incorrecciones de forma y contrasentidos de concepto que el testamento á primera vista contenga; y, por lo tanto, en el caso presente, sólo se producirá la nulidad de que tratamos cuando dicha intención haya sido la que incurrió en error, no cuando éste resulta aparentemente de la superficie ó materialidad de las palabras con que el testador indebidamente se haya expresado.

Ahora bien: la violencia, dolo ó fraude pueden provenir, como es natural que ocurra casi siempre, de persona que adquiera alna ventaja, si determina al testador en cierto sentido. El arılo 673 supone que dichos motivos de nulidad concurran, sin ırirse á los agentes que los produzcan, puesto que cualquiera ı éste sea, se dará el mismo resultado: la nulidad de la dispo-

sición testamentaria. Pero si el causante ó causantes del engaño, de la intimidación ó de la fuerza, son por la ley, herederos *ab-intestato* del que trataba de hacer testamento, y no lo hizo por aquellos motivos, además de la nulidad del testamento, se dará lugar, según el art. 675, al castigo del autor de tales maquinaciones en la esfera civil, privándosele de lo que él creía buenamente adquirir, por no haber hecho el testador testamento; y además, y al que, según los preceptos del Derecho penal positivo, proceda aplicar en ese caso especial.

Claro es que dicho art. 674 no prevé más que un solo supuesto de los muchos que pueden darse, y en efecto, se dan frecuentemente en la práctica, porque coacciones de esa especie las producirán con igual verosimilitud las personas favorecidas en un testamento anterior para lograr que éste no se revoque ó modifique en perjuicio de los derechos que por el primero se les concedieron, y las que, esperanzadas con una adquisición hereditaria prometida ó vislumbrada, ven defraudados sus deseos en un primer testamento, y aspiran, valiéndose de los medios ilícitos de que venimos tratando, á que el testador modifique sus anteriores disposiciones, ó suplanten, adulteren, oculten éstas, etc., etc. Todo esto y mucho más puede suceder. ¿Qué solución legal emplear entonces, ya que el art. 674 nada dice? Pues la que comprenden los números 6.° y 7.° del art. 756 del Código, que en este mismo comentario ya recordamos; es decir, conseguir la declaración de indigna de la herencia respecto de la persona que, con amenazas, fraude ó violencia, obligare al testador á hacer testamento ó á cambiarlo, le impidiere hacer otro, revocar el otorgado y cuando suplantare, ocultare ó alterare otro posterior. Es decir, que todas las posibles contingencias sobre el particular han de resolverse tan pronto acudiendo al art. 674 como al 756, en sus dos apartados referidos. Lo que nos confirma más y más en la observación que ya tenemos expresada, de que el legislador debió recoger y aglomerar toda la materia que aquellos preceptos regulan en uno solo, ya en la parte del Código en que nos encontramos, ó ya en la destinada á tratar de la testamentifacción pasiva; y mucho mejor en ésta, pues aunque en el segundo de dichos artículos no se menciona el dolo sino solamente la amenaza, el fraude y la violencia, esto nada arguye en contra de lo que decimos, y más bien corrobora asimismo otra de las consi-

deraciones que antes expusimos, al creer que las ideas de fraude y dolo implicaban un muy semejante concepto, sin que, por tanto, quepa la más leve duda de que, mediando dolo, se dará igualmente lugar á las causas de indignidad 6.ª y 7.ª, comprendidas en el tan citado art. 756.

Por consecuencia de lo dicho, la sustancia toda de nuestro artículo 674 está, á pesar de lo expuesto, contenida y repetida en el 756 (números 6.º y 7.º). En efecto, la declaración de incapacidad produce, según el art. 755, la nulidad de la disposición testamentaria respecto de la persona incapaz, aunque á aquélla se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso, ó se haga á nombre de persona interpuesta y, según el art. 760, el hacer que el incapaz que hubiere entrado en la posesión de los bienes hereditarios, quede obligado á restituirlos con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido. Y esto equivale á la privación de la herencia á que se refiere el art. 674. Luego, aunque éste no existiera, de la misma manera el que fuera heredero *ab-intestato* de otra persona y la impidiera hacer testamento (primer supuesto del número 7.º, art. 756) por amenazas, fraude ó violencia, quedaría privado de las porciones hereditarias que le correspondiesen.

El último inciso del art. 674 tampoco habrá sido el motivo que se tuvo para dar cabida á la disposición de aquél en el Código, pues, sin la manifestación relativa á la responsabilidad criminal en que haya incurrido el autor de dolo ó violencia contra la persona que tratare de hacer un testamento, ó con tal manifestación, siempre sería de ineludible aplicación el Código penal, para fijar la sanción de un hecho que tiene los caracteres de criminoso y de delito público, por añadidura.

***

Responsabilidad del que impidiere á una persona otorgar testamento.—Desde la misma legislación romana, siempre han existido disposiciones sancionadoras, ya en un sentido ó ya en otro, contra [e]l que forzare ó impidiere á otra persona hacer testamento. Así [lo] deducimos de algunas de las leyes del *tít. VI, libro XXIX del [Dig]esto,* y principalmente de *las 1.ª y 3.ª del XXXIV, libro VI del [Cód]igo.*

Las leyes anotadas del *Fuero Real* y de las *Partidas* nos indican la historia que siguió el Derecho positivo sobre el particular. En tiempo en que el fisco ó peculio del Rey absorbía todos los bienes vacantes ó *nullius*, según el concepto que de la monarquía ó del Poder real entonces imperaba, natural es que á ellos fueran á dar los bienes de la persona á la que se impedía hacer testamento, antes de que pasaran á poder del que, por medio de violencia ó dolo, consiguió tal efecto del testador.

Hoy, prevaleciendo otros principios en el Derecho, sería anormal pensar en tal extremo; y por esto, el legislador, con mucho mejor acuerdo, dejó que rigieran en tal caso las reglas generales en materia de sucesiones, dando lugar al derecho de acrecer entre los demás coherederos, á falta de aquel á quien, como pena, se declaró privado de la herencia, ó aplicando el art. 761, según el cual, si el excluído de la herencia por incapacidad fuere hijo ó descendiente del testador, y tuviere hijos ó descendientes, adquirirán éstos su derecho á la legítima; y, en el supuesto del artículo 674, procediendo por las reglas del derecho de representación, á la porción hereditaria que debió de corresponder al hijo ó descendiente del indigno; porque, según el art. 929, no podrá representarse á una persona viva sino en los casos de desheredación ó incapacidad.

No distingue el art. 674 de medios que lleguen á producir el efecto de que el testador deje de testar por dolo, fraude ó violencia. Como dice la ley de Partida, tal resultado puede realizarse obrando directamente sobre el mismo testador, por intermediario ó valiéndose de instigaciones dolosas, violentas ó intimidatorias contra el Notario y los testigos que concurran á la formación del testamento que se trate de otorgar; claro es que aquéllos son elementos indispensables para que el testador ejerza sus funciones de tal, pues no depende de él sólo, excepto en la forma ológrafa, el otorgamiento de su última voluntad, aunque nos referimos al patrón más sencillo de testamentos, en el cual, según el Código, son necesarias, por lo menos, una, dos ó más personas que testifiquen de la celebración del acto. En general, todas las asechanzas que, en forma de violencia, dolo ó fraude, produzcan el impedimento á que se refiere el art. 674, caben dentro del espíritu de éste.

Ahora bien: ¿qué preceptos del Código penal son los que han

de regular la responsabilidad criminal del que consigue de un testador que no llegue á hacer testamento? Indudablemente los del *cap. VI, tít. XII, libro segundo del Código penal,* que trata de las amenazas y coacciones. En ningún otro lugar encontramos mejor prevista y determinada dicha responsabilidad criminal. Dice, en efecto, el art. 507, que el que amenazase á otro con causar al mismo ó á su familia, en sus personas, honra ó propiedad, un mal que constituya delito, será castigado. Aunque de las amenazas no se acuerda nuestro art. 674, y sí sólo su semejante el 756 (núm. 6.°), sin embargo, las amenazas pueden producir (y de hecho es ése el resultado que se busca al amenazar), intimidación, la cual se halla comprendida, como ya explicamos, en la idea de violencia. La pena correspondiente, según el supuesto de que parte dicho art. 674, sería la inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley al delito con que se amenazare, si se hubiera hecho la amenaza exigiendo una cantidad ó imponiendo cualquiera otra condición, aunque no sea ilícita y el culpable hubiera conseguido su propósito; imponiéndose tal pena en su grado máximo si las amenazas se hicieren por escrito ó por medio de emisario; y procederían las penas de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas si la amenaza no fuere condicional; porque el otro caso que prevé el referido artículo del Código penal es el de que las amenazas no produjeran la consecución del propósito del amenazador; lo cual no entra en la previsión del precepto del Código civil que comentamos. Si las amenazas son de un mal que no constituya delito, hecha condicionalmente y en la forma expresada, serán castigadas con la pena de arresto mayor exclusivamente. En unos y otros casos, se podrá condenar además al amenazador á dar caución de no ofender al amenazado; y, en su defecto, á la pena de destierro. Esto no podrá tener lugar cuando de la aplicación del art. 674 del Código civil se trate, pues el amenazado, según éste, es una persona que ya no existe; pareciendo lógico que no se impugne la validez ó nulidad del testamento hasta que no ocurra la muerte del testador, que es cuando aquél había de producir sus efectos jurídicos.

.a coacción ó violencia la define el art. 510 del Código penal, a clarar que el que, sin estar legítimamente autorizado, impid e á otro, con violencia, hacer lo que la ley no prohibe ó le c eliere á efectuar lo que no quiere, sea justo ó injusto, será

castigado con las penas de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas. Perfectamente conviene el primer caso referido con el problema de que tratamos, porque en éste se habla de «impedir con violencia lo que la ley no prohíbe», que es el hacer testamento. Dentro de dicho art. 510 no podemos comprender castigada la intimidación, ó sea la violencia moral, porque según sentencias del Tribunal Supremo de 1.° de Mayo de 1874, 29 de Noviembre de 1878, 8 de Mayo de 1879 y 23 de Febrero de 1882, para que un hecho se pueda incluir en la sanción del art. 510 del Código penal, es indispensable que el acto se ejecute *con violencia;* y ésta, ya se atienda á su significación genuína y gramatical, ya á la aplicación que el mismo Código penal le da, cuando trata del delito de robo con violencia en las personas, supone un acto de fuerza material. Algo discutibles son estas afirmaciones del alto Tribunal de justicia, sobre todo en el primero de sus argumentos, sin que tampoco encontremos equiparable la teoría del delito de coacción con la del robo violento; pero la declaración es terminante respecto del particular; y, para los casos de intimidación, es, pues, ineludible acudir á las sanciones de los artículos 507 y 508, que, según dijimos, comprenden amenazas que pueden intimidar; ó acudir al libro tercero del Código penal, cuyo art. 606, núm. 5.°, castiga con las penas de uno á cinco días de arresto ó multa de 5 á 50 pesetas á los que causaren á otro una coacción ó vejación injusta, *no penada en el libro segundo de este Código.*

Y el fraude de que trata el art. 674, ¿en qué precepto penal estará previsto y castigado? Aunque en el Código existe una sección correspondiente destinada á tratar de las diversas formas de defraudación, ningún artículo de ella, al menos en su primera parte, es aplicable al caso que analizamos en este comentario. Únicamente en la *sección 2.ª, cap. IV, tít. XIII, libro segundo del Código penal* hallamos el primer número del art. 548, según el cual, incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudase á otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia ó cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa ó negociaciones imaginarias, *ó valiéndose á cualquiera otro engaño semejante* que no sea de los expresados en los casos que á continuación se enumeran. También el art. 55 de la propia sección determina que el que defraudase ó perjudi

case á otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de la sección, será castigado con una multa del tanto al duplo del perjuicio que irrogase; y en caso de reincidencia, con la del duplo y arresto mayor en su grado medio al máximo. El perjuicio á que estas distintas formas de defraudación aluden es de los estimables; y no hay inconveniente en exigirlo al propio tiempo que la acción criminal oportuna, muerto ya el testador, por los herederos *abintestato* de éste contra el culpable, puesto que aquéllos siempre representarán la personalidad jurídica total del difunto. Y hasta los mismos herederos voluntarios, nombrados en el testamento que llegó á invalidarse por causa del engañador, tienen perfectos derecho y acción para entablar tales reclamaciones, pues á ellos realmente entonces afectan más que á nadie los perjuicios irrogados.

Planteada una cuestión civil ante los Tribunales sobre nulidad de un testamento que se supone otorgado por violencia, dolo ó fraude, y resuelto en la oportuna sentencia el punto litigioso en favor de tal nulidad, será lo procedente que el Juzgado ó Tribunal correspondiente mande en esa misma parte de su fallo deducir los testimonios convenientes y el tanto de culpa debido para proceder criminalmente, en causa aparte, por los delitos de amenazas, coacción ó fraude, que son siempre de carácter público. Si se trata del caso que prevé nuestro art. 674, como no ha habido testamento, pues éste fué el que se impidió formar, procede ya desde luego entablar la denuncia ó querella que correspondan, si el Juzgado antes no ha procedido de oficio.

Responsabilidad del tercero que intervenga en el dolo, el fraude ó la violencia.—La *ley 29, tít. I, Partida 6.ª*, anotada en los *Precedentes*, plantea una cuestión de que no debemos prescindir en este comentario. Si las personas que producen la violencia, dolo ó fraude no son ni el heredero voluntario presunto ni ninguno de los que designa la ley para la sucesión intestada, sino un tercero á los mismo extraño, es indudable que de la propia forma se declarará la nulidad de la disposición testamentaria; pero ¿qué clase de responsabilidad civil, además de la criminal que proceda, será la q deba de ejercitarse contra dicho tercero? Y ¿quién debe de e citarla? No siendo aquél nada para con el testador, sería irra- c al el que sus actos quedaran sin la debida sanción en el or- d sustantivo y privativo del derecho, porque de otra forma

resultaría de mejor condición que los herederos instituídos y los llamados por el ministerio de la ley. Afortunadamente, no hay para él escape dentro del mismo Código. El art. 1.902 dice que el que por acción ú omisión causa daño á otro, interviniendo *culpa* ó negligencia, está obligado á reparar el daño causado; y á mayor abundamiento, el art. 1.101 declara que quedan sujetos á la indemnización de los daños y perjuicios causados los que, en el cumplimiento de sus obligaciones, incurrieren en *dolo*, negligencia ó morosidad; y obligación en el ejemplo propuesto existe por parte del tercero á que antes nos referíamos, pues las obligaciones, según el art. 1.089, pueden proceder hasta de los actos ú omisiones ilícitas ó en que intervenga cualquier género de culpa ó negligencia. Han de hacer exigible tal indemnización las personas que, en el supuesto de que el testamento no llegara á impedirse, vendrían á participar de la herencia bajo cualquiera de las modalidades como fueran instituídos. Ya se comprenderá que estas reflexiones son sólo aplicables al art. 673, porque, según el 674, no se conocen todavía los designios del testador, y aun conocidos, podría indefinidamente variarlos hasta la hora de su muerte.

Art. 675. Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, á no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme á la intención del testador según el tenor del mismo testamento.

El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley.

Concordancias—Análogo en su segunda parte al art. 722 del proyecto de Código de 1851 é igual en la primera parte al 670 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 7.ª, tít. XXXIII, ley 5.ª*—Las palabras del fazedor del testamento deuen ser entendidas llanamente, assi como ellas suenan, e non se deue el Jubgador partir del entendimiento dellas; fueras ende, quando pareciere ciertamente que la voluntad del testador fuere otra, que non como suenen las palabras que estan escritas. E por ende dixeron los sabios antiguos, que si el testador mandase algun su sieruo, que ouiese cierto nome, e nombrasse el sieruo non por su nome, mas por otros, que tal manda como esta es ualedera, maguer errase el nome, pues su voluntad era de le dar aquel sieruo. Ca por eso ponen á los omes nomes señalados, porque sean conoscidos por ellos. Onde pues que la voluntad del testador non se puede entender en otra manera, maguer errase el nome, el tal yerro non empece, e deue ser guardada su voluntad. Pero si la voluntad del testador fuesse contra ley, o contra buenas costumbres, estonce non deue ser guardadas assí como dice en la sexta Partida, en el titulo de las mandas, en las leyes que fablan de esta razon. E si por auentura el testador vsasse en sus fablas de palabras generales, que pudiessen tomar entendimiento dellas á muchas cosas, estonce deuemos entender que su voluntad fue de dar aquella cosa que menos vale. E esto seria como se mandasse alguno cien dineros o otra cuantia, la deuamos entender, que mando que los diessen de los dineros de la menor manda, que corriesse en la tierra: fueras ende, si era costumbre del testador, o de la tierra, de entender cuando fablaba de dineros, que entendia siempre de los mejores: o si por otra razon se podria aueriguar; ca estonce deue ser entendida su palabra, segun acostumbraba á entenderla. Otrosi decimos, que si el testador mandasse a alguno en su testamento todas sus cartas, que no se entendería que por estas palabras le mando sus libros. Fueras ende si aquel que face tal manda era ome letrado, o lo dexaua a otro, que se trabajaba de aprender de los Sabios e non auia el testador otra carta, si non sus libros. Ca estonce, bien se entiende por tales palabras que todos sus libros le mandaua, e deuelos a r. Otrosi dezimos, que si alguno tiene muchas aues e de muc as maneras las mandasse, diciendo assí: Mando mis aues á f no, que se entienda que las deua todas auer aquel á quien f fecha la manda, con sus jaulas, e con las lonjas, e con las p siones, conque las tienen pressas. E non tan solas cuanto en-

tendieron los sabios antiguos, por esta palabra, las aues de naçia e las que estan en las jaulas: mas aun los pauones e las gallinas, e todos los pollos que nacen destas aues que eran en poder del señor del testamento a la sazon que murio. Pero non se entiende que los siervos que con estas aues están, entren en esta manda; fueras ende, si el testador ouiesse dicho ciertamente. Otrosi dezimos, que si el testador ouiesse sus vinos encerrados en cubas, o en tinajas e dixesse: Mando todo mi vino a fulano; que se entiende que gelo manda con sus vasos en que este encerrado. E aun dezimos que si el fazedor del testamento manda á sus herederos, que den algund ome tanto de lo suyo, de que biua que se entiende que le deuen dar lo que ouiere menester, tambien para comer, como para beber, como para vestir, e para calçar. E aun cuando enfermare, las cosas que fueren menester para cobrar su salud. Ca todas estas cosas son menester para la vida del ome.

COMENTARIO. — *Consideraciones generales.*—Amplísimo cuadro de poblemas comprende el anotado art. 675, que se ocupa nada menos que de la interesante y muy delicada materia de interpretación de testamentos, tema inagotable, como lo demuestra la ya abundantísima y siempre constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, reguladora de los casos nuevos y variados que á todas horas la práctica ofrece. Por esto, para dar al comentario de dicho artículo toda la extensión que merece, necesitaríamos del espacio y tiempo concedido para un folleto: á pesar de lo cual, concretándonos todo lo posible, habremos de abarcar todos los principales y más frecuentes supuestos y contingencias que se den al tratar de cumplirse la voluntad testamentaria.

Es muy llana y fácil de hacer la declaración de que las palabras del testador deben de entenderse, sin esfuerzo alguno de interpretación, en su tenor y sentido literal, y únicamente por excepción, acudir á su espíritu y significación circunstancial cuando la intención del testador resulte ser otra que la que las palabras suponen. Esto se ha dicho siempre, por toda clase de legislaciones, lo mismo antiguas que modernas; representa un principio de derecho, tan comprensible y al alcance universal, que algunos Códigos omiten declararlo. Además, está perfectamente de acuerdo con las exigencias lógicas y gramaticales más rudimen-

tarias. Las palabras, según el convencionalismo á que el lenguaje obedece, tiene cada una un significado propio é individual, por el que se exteriorizan las ideas; y ese es el que siempre debe de prevalecer, porque así se entienden los hombres y de esa manera, estampándolas en la escritura, como medio más permanente, es como se ponen en inteligencia los que dejan esta vida con los que les sobreviven y han de cumplir sus órdenes y amonestaciones. Por excepción, anormalmente, podrán las palabras no retratar con fidelidad la intención del que las pronuncia, no habiendo sido éste exacto y correcto al expresarse, ó no habiendo por el momento encontrado la frase ó concepto más adecuados para manifestar su pensamiento. Pero entonces, como el hombre es tal, no sólo por su lenguaje articulado y por la conformación de los órganos correspondientes á este objeto, sino ante todo y principalmente por su racionalidad, por sus facultades anímicas; como de lo que se trata en el problema que examinamos es de manifestaciones de la última *voluntad*, y ésta, en el sentido amplio y comprensivo con que aquí se la emplea, se compone de ideas, á éstas más que á las palabras, que simplemente las materializan, habrá que atenerse cuando entre unas y otras resulten conflictos y oposición.

La regla general, pues, es que el testador haya expresado adecuadamente sus últimos pensamientos, y que, por tanto, no sea preciso más que sujetarse al sentido literal de los vocablos que aparezcan vertidos. El menor número de veces, y en caso de necesidad (por aquello de que el testamento es de cumplimiento forzoso é ineludible), habrá que dilucidar qué es lo que quiso decir el testador al valerse de giros y conceptos á primera vista incomprensibles, contradictorios con otras cláusulas testamentarias, de imposible ejecución, de ridículo ó caprichoso alcance, etc., etc., y atenerse, en consecuencia, á lo que parezca más de acuerdo con la intención sana de un testador razonable ó con las especiales circunstancias y manera de ser del que se trate en cada caso concreto, según el tenor del mismo testamento, como dice nuestro tículo 675.

Lo que aparece más discutible es la oportunidad de haberse nsignado aquel precepto en forma de declaración genérica, en ta parte del Código, y no el reservar para cada parte del capílo de testamentos todos los casos y ejemplos en que la interpre-

tación de la voluntad testamentaria debe de regirse por preceptos especiales.

Con la declaración que comprende el art. 675 no ha evitado el legislador el tener que mencionar casos y ejemplos de interpretación en casi todos los apartados del Código sobre testamentos, como luego demostraremos, al mencionar disposiciones de aquél y de la jurisprudencia que comprueben la declaración general objeto del referido artículo. Además, éste repite hoy casi literalmente el principio de la *ley 5.ª, tít. XXIII, Partida 7.ª* antes anotada; y con referencia á la legislación civil anterior, que aquélla y otras leyes con la mayor precisión y detalles comprenden sobre el particular, el Tribunal Supremo tuvo constantemente que venir haciendo declaraciones en casos concretos, que no dejarán de repetirse y de dar lugar á costosos y largos litigios, originados por muy fundadas dudas, á pesar de la disposición generalizadora y terminante de que el testamento deberá interpretarse según el tenor literal de sus palabras, á no ser que aparezca claramente ser otra la voluntad del testador. Y es más fundada nuestra indicación si se tiene en cuenta que el legislador siempre se verá precisado á recoger las enseñanzas y dificultades que hace evidentes la práctica en cada una de las materias del Derecho civil, para quitar terreno á las cuestiones litigiosas, y al propio tiempo convertir en preceptos del Código las que hasta entonces venían siendo simplemente reglas de jurisprudencia. El proyecto de 1851 nada ha dicho que se parezca á la primera parte de nuestro art. 675, sin perjuicio de lo cual nunca se dejaría de aplicar aquél si hubiera llegado á ponerse en vigor, en la misma forma que, respecto á interpretación de testamentos, comprende.

***

Reglas de interpretación de los testamentos.—Presupuestas tales consideraciones generales, conviene ya exponer aquellas reglas de determinación de la voluntad del testador, cuando ésta no se presente comprensible á primera vista. Ninguno puede presumir de originalidad al emprender tal trabajo, porque nos lo dan ya hecho las minuciosas, artísticas y equitativas disposiciones que algunos libros del Digesto y Código romanos contienen, y de las

que es resumen muy incompleto la ley de Partidas anotada en los *Precedentes legales*. Principalmente del *libro sexto* del segundo de dichos Cuerpos legales y de los *XXX á XXXV y L del Digesto* (1), hemos de entresacar las más interesantes normas de conducta á que debemos de sujetarnos en el examen de las cláusulas testamentarias de cada testamento. Y no vaya á suponerse que la antigüedad de tales normas sea obstáculo para aconsejarlas en la actualidad, cual si estuvieran declaradas Derecho vigente; porque al cabo de tanto tiempo, nuestro art. 675 no hace más que copiar, según ya advertimos, lo mismo que la legislación romana tenía repetidamente ordenado.

Mencionaremos primero las reglas de carácter más general, para descender luego á las de individual aplicación:

1.ª Las palabras del testador que empleó en sentido general, así deben ser entendidas: «*Generalia generaliter intelligenda sunt*», se dice de las leyes, y ya varias veces hemos expresado que el testamento es ley para las partes.

Además, «*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*»; por lo cual á la significación natural y genuína de tales palabras debemos de atenernos, siempre, por supuesto, que otra cosa no se deduzca del tenor del testamento.

Por esto representa una regla de prudencia que también encontramos en el *Digesto romano*, la de que se procure siempre leer el testamento del principio al fin, para penetrarse del espíritu total de sus disposiciones; cuyo trabajo servirá después para resolver muchas dudas. Ejemplo: lo que la ley de *Partida* dice respecto á las aves y vinos, si el testador habla de unas y otras sin distinguir, debiendo entenderse las aves todas con sus jaulas y prisiones y los vinos con sus vasos y cubas.

2.ª Las cláusulas testamentarias deben tomarse en la significación que conduzca á algún resultado práctico; porque no es racional suponer que el testador haya querido burlarse de sus sobrevivientes, al legarles solamente sus últimos pensamientos, en momento, por cierto, de tan triste é imponente significación. *...ba cum effectu sunt accipienda*. Habrá, pues, de desecharse ...a interpretación que conduzca al ridículo ó al absurdo, te-

(1) Véase segundo tomo apéndice: *Principios generales de De...ho.*

niendo siempre presente además que la interpretación testamentária se inspira en la de las leyes, y en éstas nunca debe seguirse el camino de la irracionalidad ó del contrasentido.

3.ª Si existe contradicción entre las palabras del testamento y el espíritu claramente conocido del testador, natural es que á éste se acuda con preferencia, por los motivos que ya antes dimos á conocer. «*Optimum esse non propriam verborum significationem servari; sed imprimis quid testator demonstrare voluerit.*» Pero habrá de acreditarse ó conocerse que existe esa contradicción y la intención del testador, la cual puede averiguarse por las otras partes del testamento, combinadas y armonizadas lógicamente.

4.ª Cuando la contradicción aparezca entre una cláusula especial y otra general, la primera tiene más valor, por cuanto comprende un extremo determinado, sobre el que es más difícil que se haya equivocado el testador que al enunciar una declaración de mayor comprensión y alcance.

5.ª Cuando resulten de una cláusula dos extremos contradictorios, ya de carácter general ó especial, se destruirán mutuamente. «*Ubi pugnantia inter se testamento iuberentur, neutrum ratum est.*»

6.ª Si las palabras de una cláusula ofrecen dos ó más sentidos igualmente aceptables y defendibles, según su tenor gramatical, ha de elegirse la interpretación que mayor conformidad guarde con el contenido del testamento, rectamente examinado, entendiéndose que como aquél representa un acto unilateral y de liberalidad, se optará por el sentido que beneficie á los instituídos herederos ó legatarios; lo cual no ocurre en la interpretación de las obligaciones, pues, según el art. 1.289 del Código, siendo el contrato gratuíto y recayendo la duda sobre las circunstancias accidentales del mismo, aquélla se resolverá en favor de la menor transmisión de derechos é intereses. Por el contrario, todo lo que suponga carga ó gravámenes para los herederos ó legatarios debe restringirse, prefiriéndose siempre el beneficio de los primeros, á los que parece que también prefirió el testador, nombrándole sus representantes más genuínos y generales.

7.ª Cuando la pugna se presente entre dos cláusulas distinta pero igualmente generales ó especiales, la última derogará á la primeras, porque los testamentos no solamente se revocan uno

otro, sino por el propio motivo, un extremo á otro del mismo, pues vienen á ser, para el objeto expresado, como testamentos particulares. Y si la voluntad del testador es ambulatoria hasta su fallecimiento, natural es suponer que al disponer aquél sobre un mismo asunto en un mismo testamento, lo que *últimamente* expresó es lo que tiene por su *última*, valedera y respetable voluntad.

8.ª Si bien el testamento es ley para las partes y á él exclusivamente deben atenerse éstas, el testador no puede derogar las leyes que tengan carácter prohibitivo, ni infringir, por solo su omnímoda voluntad, preceptos de carácter público, ni los que señalan la esencia y naturaleza de los actos jurídicos. Así, no podría hacer que fuera censo lo que por sí constituye un arrendamiento; ni nombrar tutor para sus hijos á un extranjero, á una mujer, á no ser en los casos de excepción que, respecto á éstas, prevé la ley, etc., ni declarar que su testamento valga aunque tenga un vicio que lleve aparejada su nulidad por declaración de la ley, como dice el párrafo segundo de nuestro mismo artículo 675, ni considerar irrevocables sus disposiciones por causa de muerte, etc. En todo lo demás, y mientras no contradiga preceptos de la naturaleza expresada ó que afecten á los intereses de un tercero, no obligado por el testamento, puede moverse libremente dentro de la misma esfera de las leyes.

***

Jurisprudencia de interpretación de testamentos anterior al Código civil.—En conformidad con el espíritu y alcance de las expuestas reglas, el Tribunal Supremo tiene declarado:

* Cuando en las cláusulas de un testamento aparecen claras, explícitas y terminantes las palabras del testador, sin que ninguna de ellas ofrezca duda acerca de su significación, no hay necesidad de interpretar esas cláusulas, y no poniéndose en duda, ni durante la discusión ni en la sentencia, ninguna de aquéllas, i inoportuno invocar la *ley 5.ª, tít. XXXIII, Part. 7.ª*, relativa á ue se entiendan llanamente las palabras del testador (sentenas de 2 de Marzo de 1866, 26 de Febrero de 1867 y 13 de Marzo : 1884).

* La regla consignada en dicha ley de Partidas, según la que

las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente, así como ellas suenan, no se opone á que se atienda á su espíritu cuando apareciese ciertamente que la inteligencia literal no contiene la voluntad del testador; antes bien, esto es conforme á lo que en la ley precitada se establece (sentencia de 21 de Octubre de 1868).

* Para la recta interpretación de una cláusula testamentaria que, por su redacción, ofrezca alguna duda, no han de apreciarse aisladamente sus diferentes disposiciones, sino compararse entre sí, fijando la verdadera inteligencia, de manera que tenga exacto cumplimiento la voluntad del testador, debiendo de atenderse igualmente á las pruebas suministradas durante el juicio (sentencias de 26 de Mayo de 1863, 23 de Septiembre de 1865, 5 de Julio de 1877 y 30 de Junio de 1884).

* La anterior regla interpretativa no tiene aplicación cuando el concepto oscuro ó dudoso que se supone en una cláusula se concreta á ella misma y no puede explicarse por las demás (sentencia de 13 de Abril de 1883).

* Expresada con claridad la voluntad del testador, no puede dársela una inteligencia que no se deduzca natural y lógicamente de las palabras con que está formulada, ni del espíritu jurídico que informa esta clase de instituciones (sentencia de 20 de Diciembre de 1880).

* En una cláusula testamentaria no pueden concebirse dos disposiciones contradictorias (sentencia de 7 de Febrero de 1870).

* La cláusula incierta y dudosa sobre la extensión y límites que el testador quiso dar á un legado es preciso resolverla en favor del heredero (sentencia de 27 de Marzo de 1867).

* La voluntad del testador debe interpretarse de manera que no vaya más allá de lo que expresa la letra de su disposición (sentencias de 11 de Octubre de 1854, 30 de Abril de 1857, 26 de Septiembre de 1862, 14 de Mayo de 1864 y 24 de Abril de 1865).

* Cualquiera excepción que se refiera al principio de derecho de que el hombre puede variar su voluntad hasta la muerte, debe interpretarse en sentido restrictivo, como todo lo que tienda á coartar el libre ejercicio de tan importante derecho (sentencia de 22 de Junio de 1865).

* Tratándose de la interpretación de cláusulas testamentarias, debe estarse á la declaración de la Sala sentenciadora, á no

ser que la inteligencia que la haya dado sea manifiestamente contraria á la voluntad del testador (sentencia de 1.° de Julio de 1871.)

En otro orden ya más concreto y casuístico, tiene declarado el Tribunal Supremo:

* Cuando el testador cede á su heredero la facultad de enajenar los bienes que le deja, si lo necesitara, puede el último hacerlo válidamente y sin trabas ni formalidades, si en el testamento no le han sido impuestas (sentencia de 21 de Mayo de 1859).

* No se infringe la cláusula testamentaria en que se dispone que no se paguen los legados hasta después de satisfechas las deudas, cuando se procede de otro modo de conformidad con los herederos y acreedores (sentencia de 7 de Diciembre de 1860).

* No existiendo ley ni doctrina que establezca la computación canónica para graduar el parentesco de herederos y legatarios, cuando los testadores no la hayan establecido terminantemente, no puede suponerse contrariada su voluntad ni infringida su última disposición, por haberse computado civilmente dicho parentesco, conforme á las leyes del Reino (sentencia de 29 de Noviembre de 1861).

* Cumplida la voluntad del testador por actos irrevocables que reciben su eficacia del mismo testamento, ya no es posible alterarla ni destruir los derechos adquiridos en virtud de esos actos (sentencia de 28 de Febrero de 1862).

* Cuando el testador deja á su viuda una pensión diaria, sin señalar condición alguna, no pierde dicha pensión aunque contraiga ulterior matrimonio, no siendo aplicable á este caso la doctrina legal de que las pensiones de viudedad son obligatorias ínterin la viuda permanezca en este estado (sentencia de 30 de Octubre de 1863).

* Cuando el testador deja su herencia, en último lugar, á quien por derecho tocase y correspondiese, la significación legal de estas palabras se refiere al pariente ó parientes más próximos al testador que existiesen al tiempo de abrirse la sucesión á la herencia (sentencia de 16 de Enero de 1863).

* La disposición testamentaria por la que es llamado un tercero en todo ó parte de lo que resta de la herencia al morir el heredero, contiene una especie de institución condicional en favor del llamado, á la cual son aplicables las reglas y prescripciones

legales que rigen respecto de esta clase de instituciones (sentencia de 15 de Junio de 1868).

* Cuando el testador divide en su testamento su herencia en dos mitades, instituyendo herederos, en una de ellas, á siete sobrinos, que determina, y, en defecto ó por inexistencia de alguno, á los hijos que respectivamente han dejado los instituídos, y en la segunda mitad instituye á su hermana, disponiendo que si á su fallecimiento quedaba algo de la herencia, pasase á los hijos de la misma por iguales partes, se comprende naturalmente que su intención fué hacer una institución de familia á fin de que su caudal se repartiese entre los parientes que llamaba á sucederle, debiendo entenderse que con las mismas condiciones llamaba á los herederos que habrán de suceder en propiedad en la primera mitad que á los que llamaba á suceder en la segunda; no siendo posible dar otra interpretación al testamento, por estar hecha la institución en una sola cláusula, y, por consiguiente, en un solo acto; negándose, pues, en tal caso, el derecho de representación á los hijos de una de las llamadas á la sucesión de la segunda mitad, se infringe la ley del testamento y *la 5.ª, tít. XXXIII, Partida* 7.ª (sentencia de 13 de Junio de 1872).

* Ofreciendo racional duda, según la sana crítica, una cláusula inexplicable, la Sala sentenciadora, aceptando las palabras más lógicas, claras é inteligibles de una de las copias del testamento, en la que se expresa que sean preferidos, entre los parientes más próximos, los varones á las hembras, además de haberlas hallado más conformes con las que usó el testador en los llamamientos á sus hijos, entre los cuales prefiere los varones á las hembras, no infringe el principio de que la voluntad del testador ejerce el imperio de una ley (sentencia de 5 de Julio de 1871).

* Si al legarse en el testamento, «para después de seguida la muerte de la mujer del testador», á una persona, una finca, se hizo el legado con la expresión de que «muriendo sin hijos la legataria pasara aquella finca á su heredero en el modo que hubiere sucedido», esta cláusula de reversión ó restitución condicional de la indicada finca no la hizo en favor de una persona determinada, expresa y nominalmente llamada, sino genéricamente en favor de su heredero, en el modo que hubiese sucedido, es decir, cualquiera que fuese su heredero y cualquiera que fuese el modo con que á él hubiese pasado su herencia (sentencia de 28 de Septiembre de 1872).

* La palabra *vivos*, puesta por el testador al hacer un legado en favor de sus nietos y biznietos, no excluye claramente de la manda más que á los herederos que hubiesen fallecido, en su sentido propio y significación legal; refiriéndose aquélla lo mismo á los nacidos que á los que se encontrasen en el claustro materno al fallecimiento del testador, puesto que «toda cosa que se faga ó que se diga á pro destos aprovechase ende, bien asi como si fueren nacidos (sentencia de 11 de Julio de 1877).

* Nombrados tres albaceas para que, «juntos ó la mayor parte,» cumplan el testamento, si dos de ellos mueren ó no aceptan el cargo, el otro puede cumplir la voluntad del testador, cuando de las palabras de éste no se deduce que fué su ánimo dejar sin efecto el nombramiento de uno de los albaceas, si los otros dos no aceptasen ó murieran (sentencia de 14 de Mayo de 1891).

* Hecho en testamento un legado de cien mil pesetas para colocarlas en la compra de acciones del Banco de España ó de otro establecimiento que le reemplace, ó en casas de la Corte, este segundo término, en la acepción jurídica y en el lenguaje usual y corriente, «tanto quería decir como que podían imponerse las cien mil pesetas en un predio urbano de Madrid, no determinadamente, cuyo dominio hubiera de adquirirse (sentencia de 18 de Mayo de 1891).

* Tratándose de una cláusula en que el testador deja el usufructo de la novena parte de sus bienes á una nuera, sustituyéndola en iguales partes los demás hermanos de su marido, «mis hijos,» no existe razón ni antecedente alguno para que la propiedad de dicha novena parte se distribuya, lo mismo entre los hijos del testador que entre los nietos, hijos de éstos, porque, aunque aquél usara de las palabras «mis hijos,» también lo es que la institución igualmente hecha á favor de hijos y nietos, el derecho de representación establecido á favor de los últimos y la inteligencia dada al testamento sobre el particular por los interesados (en el caso de autos) y casi todos los actos que ejecutaron después de la muerte del testador, todo hace comprender, y así debe de entenderse, que en las palabras «mis hijos» no pueden menos de estar [illegible]luídos los *nietos*, y que esa fué la intención del testador, según [illegible] espíritu de igualdad y justicia con que atendió á unos y otros [illegible]ntencia de 1.° de Mayo de 1889).

* Por último, entre otros muchos fallos, que serían de inaca-

bable enumeración, la sentencia de 5 de Julio de 1893 declaró que la cláusula: «*Quiero que después de cumplidas todas mis mandas, si sobra algo de dinero, lo repartan entre todos mis sobrinos, hijos de mis hermanos, para que lo gocen en paz y con la bendición de Dios y la mía*», rectamente entendida y aplicada, no tiene ni puede tener otro alcance que reconocer en los nombrados derecho á obtener el dinero mandado ó legado, puesto que la claridad de su redacción, lo mismo que la de las anteriores cláusulas en que el testador hizo varias mandas ó legados, no autoriza ni permite suponer fuera otra la intención de aquél, y la palabra *dinero* en su acepción gramatical y jurídica, significa usualmente *moneda corriente*, y nunca un conjunto ó universalidad de bienes, á menos que se justifique que en el país en que se otorgó y ha de cumplirse el testamento, tenga tal sentido y significado.

Es, por tanto, un elemento también del que no debe prescindirse, al interpretar testamentos, el de la costumbre, usos y modismos del lugar en que aquél fué otorgado, como circunstancia igualmente propia á toda institución jurídica.



Principios de interpretación contenidos en el Código civil.—El Código civil ofrece preceptos que constituyen verdaderas máximas de interpretación; de ello son ejemplo el art. 346, según el cual, si el testador usase de la expresión de «cosas ó bienes muebles» ó de «cosas ó bienes inmuebles», se entenderán comprendidas en ellas las que se definen y enumeran en el cap. I y en el II, tít. I del libro segundo del Código, es decir, prevalecerá el significado rigurosamente técnico y jurídico; pero si usa simplemente la palabra «muebles», no se entenderán comprendidos el dinero, los créditos, efectos de comercio, valores, alhajas, colecciones científicas ó artísticas, libros, medallas, armas, ropas de vestir, caballerías ó carruajes y sus arreos, granos, caldos y mercancías, ni otras cosas que tengan por principal objeto amueblar ó alhajar las habitaciones, salvo el caso en que la intención del testador, deducida del mismo contexto del testamento, haya sido otra; el art. 347 da á entender que si en disposición testamentaria en que se hace referencia á cosas muebles ó inmuebles, se transmite su posesión ó propiedad con todo lo que en ellos se

halle, no se entenderán comprendidos en la transmisión el metálico, valores, créditos y acciones cuyos documentos se hallen en la cosa transmitida, á no ser también que la voluntad del testador haya dado á entender lo contrario; el art. 668 determina que en la duda de si el testador dispuso de sus bienes á título de herencia ó de legado, aunque no haya usado materialmente de la palabra «heredero», si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecho á título universal ó de herencia; el art. 749 ordena que las disposiciones hechas á favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de pueblos, se entenderán limitadas á los del domicilio del testador en la época de su muerte si no constase claramente haber sido otra su voluntad; el art. 751 preceptúa que la disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado; el art. 767 declara que la expresión de una causa falsa en la institución de heredero ó en el nombramiento de legatario será considerada como no escrita, á no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución ó legado si hubiese conocido la falsedad de la causa; teniéndose también por no escrita la expresión de una causa contraria á derecho, aunque sea verdadera; el art. 769 determina que cuando el testador nombre unos herederos individualmente y otros colectivamente, como si dijere «instituyo por mis herederos á N. y á N. y á los hijos de N.», los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fuesen individualmente, á no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador; el art. 771 preceptúa que cuando el testador llame á la sucesión á una persona y á sus hijos, se entenderán todos instituídos simultánea y no sucesivamente; el párrafo segundo del art. 773 dice que si entre personas del mismo nombre y apellido hay igualdad de circunstancias para el hecho de su designación en el testamento, ó dichas circunstancias fuesen tales que no permitan distinguir al instituído, ninguno será heredero; el art. 779 expresa que si los herederos instituídos en partes desiguales fuesen sustituídos recíprocamente, ...drán en la sustitución las mismas partes que en la institu...n, á no ser que claramente aparezca haber sido otra la volun...l del testador; el art. 792 ordena que las condiciones imposi...s y las contrarias á las leyes ó á las buenas costumbres se

tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero ó legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa; el art. 797 manda que la expresión del objeto de la institución ó legado, ó la aplicación que haya de darse á lo legado por el testador, ó la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, á no parecer que ésta era su voluntad; el art. 798 declara que cuando sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario, no pueda tener efecto la institución ó el legado de que trata el artículo anterior, en los mismos términos que haya ordenado el testador deberá cumplirse en otros, lo más análogo y conforme á su voluntad; el art. 1.070 preceptúa que la obligación en que se hallan los coherederos de prestarse recíprocamente la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados cesará cuando el mismo testador hubiere hecho la partición, á no ser que aparezca ó racionalmente se presuma haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima; el art. 1.075 dispone que la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos, ó de que aparezca ó racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador; y muchas otras disposiciones, que no citamos por no hacer más molesta esta enumeración de ejemplos, que comprueban los principios generales anteriormente consignados. Porque, si deducimos la sustancia y tendencia de tales preceptos especiales, notaremos asimismo que todos ellos convienen en que debe respetarse primeramente el tenor literal del testamento; después, y ante todo, la voluntad del testador, que es la pauta á que dichas palabras han de obedecer normalmente, porque de lo contrario, la letra del testamento prevalecería sobre su espíritu, lo cual no ocurre tampoco tratándose de las leyes, *scire leges non est hoc verba earum tenere, sed vim ac protestatem*. Dentro de esos mismos principios, se reconoce siempre la preferencia con que debe mirarse al heredero sobre los demás partícipes singulares designados en el testamento, porque se supone que es aquella la persona á quien más amaba el testador; se aprecia también el reconocimiento de la más amplia libertad y extenso círculo de atribuciones en que el testador puede, á su arbitrio, moverse, para hacer y ordenar todo lo que su voluntad tenga á bien, sin otros límites y cortapisas que los indispensables fijados hoy por las leyes. Por último, también se desprende

del conjunto de casos prácticos enumerados, el espíritu de benevolencia y equidad con que debe mirarse siempre la interpretación de un testamento, como institución ésta de liberalidad, piadosa, digámoslo así, establecida para otorgar, en los últimos solemnes momentos de la vida, premios y recompensas, ruegos y mandatos, consejos y amonestaciones, disposiciones para el alma y cuerpo del testador, en bien asimismo de la salud corporal y espiritual de sus descendientes, familia y deudos; institución, por tanto, eminentemente moral y reglamentada en lo esencial sólo por las eternas reglas de la conciencia; y, además, de carácter necesario y que, siendo posible, es preciso á todo trance que prevalezca sobre su sustitutoria la sucesión intestada, por ser más digna de respeto, en este caso, la voluntad expresa, manifiesta y solemne de los hombres, que la tácita, interpretada con mayor ó menor imperfección, pero siempre imperfectamente, por el legislador; por lo cual procede agotar todos los medios de decorosa interpretación, antes de abandonar la cláusula ó cláusulas dudosas como de imposible ó ridícula aplicación.

*
* *

Ineficacia de la prohibición de impugnar el testamento.—El apartado final del art. 675 no sabemos á título de qué forma parte del precepto destinado á dar reglas de interpretación de testamentos; de aquí que parece como que se despega de su colocación arbitraria ó caprichosa, porque no es función de interpretar la conducente á saber si hay ó no en el testamento cláusula por la cual el testador prohíba que se impugne aquél, cuando concurren motivos de nulidad declarados por la ley. Ó existe ó no existe tal afirmación del testador; para el caso de que exista, no hay más que darla por no puesta, sin necesidad de entrar en trabajos de interpretación, que, como el sentido de la palabra indica, cabe sólo cuando de la redacción del documento ó del tenor verbal de las últimas disposiciones resulten dudas ó ambigüedades, que es preciso solucionar de alguna forma.

El principio que comprende dicho segundo apartado es consecuencia de lo que ya en este comentario hemos repetido muchas veces. El testador tiene omnímodos poderes para ejercer su misión como le plazca, dentro únicamente de los jalones ó señales que la

ley, por motivos diversos, le tiene prescrito. Una de esas cortapisas la encontramos ahora: Si el testador, por ejemplo, dijese: «este mi testamento, otorgado solamente ante un testigo ó ante dos mujeres (cuando exista prohibición relativa al testimonio de éstas), no llegue nunca á impugnarse, bajo pena de tal ó cual privación de derechos hereditarios», claro es que sería atentar á la justicia y á la equidad el tolerarlo y el haber de respetarlo. Así como tampoco el testador puede expresar en el testamento su resolución de no revocar las disposiciones que en tal sentido ordene, teniéndose asimismo por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, de la propia suerte es de la esencia de la institución testamentaria, y, por tanto, no puede quebrantarse ni desconocerse, el que ante las normas legales de ineludible cumplimiento han de cesar las determinaciones individuales por mucha libertad y amplitud de esfera que á éstas quiera otorgarse; debiendo ser el testador el más esclavo de esas limitaciones, porque en su mayor interés redundan, por cuanto todas obedecen á la idea de que se asegure y garantice debidamente la verdad de los últimos pensamientos, convertidos en mandatos y leyes por la muerte de una persona, y al propósito de que las interpretaciones y resoluciones de herederos y demás interesados en el testamento lleven á ejecución cumplida y acertada la voluntad del testador, de la cual deben ser fieles traductores.

Además, como dice el jurisconsulto Goyena explicando el artículo 722 del proyecto de 1851, que concuerda en el fondo con el apartado que analizamos en estos momentos, «ningún agravio hace al difunto el que aspira á poner en claro su verdadera voluntad por las reglas de la buena interpretación y la autenticidad de su testamento». Y por lo mismo declaraba el art. 757 del antiguo Código de Prusia que las disposiciones por las cuales el testador impone ciertas cargas á los herederos ó legatarios que impugnen el testamento, no comprenden las demandas de nulidad por causa de no autenticidad ó de verdad de las últimas voluntades.

De modo que si el testador impusiera á cualquiera de los designados en el testamento la condición de no impugnar éste, aun por motivos de nulidad declarada legalmente, tal condición se tendría por no puesta, á tenor del art. 792 del Código, en el cual se determina que las condiciones imposibles y *las contrarias á las*

leyes y á las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero ó legatario, *aun cuando el testador disponga otra cosa.*

SECCION TERCERA

De la forma de los testamentos.

Conocidas las más fundamentales consideraciones de carácter general, en materia de sucesión testada, éntrase ya en la presente sección tercera á señalar los varios moldes en que puede encerrarse y quedar reducida la voluntad del testador, los diferentes tipos ó formas de testamentos, todos igualmente admisibles y eficaces, aunque solamente aplicables algunos á circunstancias anormales y diversas de la vida. En esta sección sólo se indica lo que son las expresadas formas de manifestación testamentaria, quedando el señalamiento de sus caracteres y los detalles de su organización y régimen para cada una de las secciones posteriores.

Además, en este lugar se establecen principios y reglas comprensivos de formalidades comunes á toda clase de testamentos, detallándose en las sucesivas secciones la especialidad de solemnidades de cada pauta ó forma de testar; aun cuando este último criterio no se haya seguido en todo su inflexible rigor, por las exigencias, muchas veces imperiosas, de haber de aclarar las que se presentan como afirmaciones absolutas, que, por mucho que lo sean, rara vez dejan de tener su co- ; spondiente excepción.

De modo que, en síntesis, el objeto de la presente s ción tercera se reduce á establecer la simple indica- (n de todas aquellas solemnidades externas, siguien-

do el tecnicismo del Derecho Romano, comunes á todas las formas de testamento. Puede decirse que no existe otra clase de solemnidades en el Derecho moderno, sobre todo, después de la famosa ley del Ordenamiento de Alcalá, que las que vamos á estudiar, pues, aunque la institución de herederos y la desheredación constituían en Roma las llamadas solemnidades internas, hoy ni el nombre de solemnidades merecen, por cuanto su existencia no es requisito indispensable en los testamentos, quedando ya relegadas á un lugar secundario.

Y por ahora, basta para el fin de la presente introducción, pues otra clase de ampliaciones es más propia del examen individual de cada uno de los preceptos que á continuación pasamos á comentar.

ART. 676. El testamento puede ser común ó especial.

El común puede ser ológrafo, abierto ó cerrado.

Concordancias.—Igual al art. 563 del proyecto de Código de 1851 y al 672 del de 1882 en sus dos primeros párrafos.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, ley 11, tít. V, libro II.*—Si algun ome faze manda de sus cosas por escripto, e si el escripto fuere confirmado de la mano del que lo fizo e de las testimonias; ó del de uno destos, ó de las testimonias, ó de aquel que la faze, o si aquel que faze la manda non sabe escrevir por su mano, e diere a otro ome que escriva por él. o que sennale el escripto, o si algun ome faze su manda ante testigos sin escripto; cada una destas quatro maneras de fazer manda deve valer...

Ley 1.ª, tít. I, Part. 6.ª—...E son dos maneras de testamento. La vna es a que llaman en latin *testamentum nuncupatiuum*... La otra manera es a que dizen en latin *testamentum in scriptis*.

Partida 6.ª, tit. I, ley 7.ª—Acabado testamento es aquel que es fecho en algunas de las maneras que diximos en las leyes ante desta; e si en otra guisa lo fiziesse, non seria valedero: pero si el padre fiziesse testamento, en que estableciesse por herederos a los fijos, e a los nietos, que descendiessen del: o partiesse lo suyo entre ellos, maguer en el testamento non fuessen escritos mas de dos testigos, valdria; bien assi, como si fuesse fecho acabadamente ante siete testigos, que pussiessen y sus nomes, e sus sellos. Esso mismo seria quando desta manera el padre, o el auuelo partiesse lo suyo, por palabra tan solamente, entre sus fijos, e sus nietos, faziendolo ante dos testigos, rogados e llamados para esto. Otrosi dezimos que si en tal testamento como este fuesse ayuntada otra persona estraña, que heredasse al padre en vno con los fijos, que quanto tañe en la persona del estraño, non valdria el testamento; como quier que en todas las otras cosas que fuessen y escritas, o dichas seria valedero. E aun dezimos que si el padre faze testamento en escrito non guardando todas las cosas, que diximos que deuen y fazer, e ser guardadas, poderlo y a fazer en dos maneras. La primera es, que despues que el testamento es escrito, deue soescreuir el padre deziendo assi: Este testamento, que fize quiero que sea guardado: otrosi deuen dezir e soecreuir los fijos. Este testamento que fizo nuestro padre, otorgamoslo. La segunda manera es, que si el padre supiesse escreuir, que lo puede fazer de su mano, diziendo en el los nomes de todos sus fijos, e todo su testamento en que manera lo faze, e como lo ordena, e sobre todo, deue el assi escreuir: Todo quanto en este testamento escreui, quiero que sea guardado. E en el testamento que fuesse fecho en alguna destas dos maneras, puede el padre mandar algo a ome estraño; e si quisiere, puede franquear sus sieruos: pero ha menester que tal testamento sea fecho ante dos testigos a lo menos, rogados e llamados para esto.

ART. 677. Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo, y el hecho en país extranjero.

Concordancias.—Igual al último párrafo del art. 672 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 678. Se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el art. 688.

Concordancias.—Análogo al art. 564 del proyecto de Código de 1851 é igual al 673 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, libro II, tít. V, ley 15.ª*—Porque los omnes an coyta á las vezes, e non pueden complir las leyes: por ende en los logares u omne non puede fallar tantos testigos cuemo manda la ley cada uno omne deve escrevir su manda con su mano, e diga especialmiente que manda fazer de sus cosas ó á quien las manda...

Partida 6.ª, tít. 1, ley 7.ª—...La segunda manera es que si el padre supiesse escreuir, que lo puede facer de su mano diziendo en el los nomes de todos sus fijos...

ART. 679. Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

Concordancias.—Análogo al art. 565 del proyecto de Código de 1851 é igual al 674 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. 1, ley 1.ª*—...E son dos maneras de testamento: la vna es, a que llaman en latin *Testamentum nuncupatiuum,* que quiere tanto dezir, como manda que se faze paladinamente ante siete testigos, en que demuestra el que la faze, por palabra o por escripto, a quales establesce por sus herederos, e como ordena o departe las otras sus cosas...

ART. 680. El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta á las personas que han de autorizar el acto.

Concordancias. — Igual al art. 675 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.— *Partida 6.ª, tít. I, ley 1.ª*— ...La otra manera es, a que dizen en latin *Testamentum in scriptis*, que quiere tanto dezir como manda que se faze por escrito, e non de otra guisa...

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 676, 677, 678, 679 Y 680.— *Indicaciones históricas de las solemnidades y clases de testamento.*— Considerada la institución testamentaria como acto de derecho privado, garantías y requisitos puramente de este orden son de exigir cuando aquel concepto reina; sin que por esto quiera darse á entender que los intereses de terceras personas, por las que ha de velar el legislador, dejen de hacer imperiosas, según motivos de carácter público, condiciones que aseguren la verdad y autenticidad de las manifestaciones del testador. Estimado el acto de formación de un testamento como propio del ciudadano, y no del propietario, ya sabemos cómo en Roma las solemnidades ostentaban el aspecto de ceremonias, formalistas é impuestas, más que nada, por un ritualismo semejante al que tenía lugar con ocasión de la publicación de las leyes. El Derecho romano miraba, sobre todo en los primeros tiempos de su Historia, á cada testador como un legislador que, en cada caso concreto, iba á dictar disposiciones tan sagradas y obligatorias como las que, con carácter general, se establecían por los poderes encargados de legislar. Ya lo hemos dicho en otra ocasión; la ley de las *Doce Tablas* bien claramente expresaba aquella idea: lo que el padre de familia dispusiere sobre sus bienes, *era Derecho;* en tal acto procedía como el legislador, *uti legasit*. El jurisconsulto romano Gayo, en el comentario segundo de sus *Instituciones* (§ *101)* nos dice que para que los ciudadanos pudieran en ma ordenar sus testamentos, se reunían los comicios dos

veces al año; comicios que en otras convocatorias deliberaban y resolvían sobre cuestiones de carácter religioso. Se llamaban *comitiis calatis*, porque eran convocados y no se reunían sino por medio de esta forma. Un tratadista español expresa que, estando establecido en el primitivo Derecho romano el principio de la sucesión legítima de los agnados y el orden gradual con que la familia debía venir á la herencia de los que morían, era necesario que todas las alteraciones ó excepciones de esa regla se establecieran tan solemnemente como las leyes, y fueran leyes efectivas. Por eso el ciudadano romano ante esos comicios, formados por curias, y en los que al principio sólo tenía voto la clase de los patricios, al testar, se investía del papel de legislador.

Para los tiempos de guerra existía entonces, en Roma el testamento *in procinctu,* ante el ejército equipado y armado; se estableció paralelamente al testamento ante los comicios y obedecía, quizá mejor que éste, á necesidades permanentes sociales de la época, por hallarse el pueblo en perpetua conquista y guerra con las naciones ó tribus que creía deber someter á su imperio, como ley natural del carácter y misión que venía á cumplir en la Historia de la Humanidad.

Pero todos los historiadores reconocen que esas dos formas de testar rigieron sólo en la antigüedad romana, habiendo ya caído en desuso en la segunda época del Derecho de aquel pueblo, cuando el Código de las Doce Tablas empezaba á tener la consideración de precedente histórico; puesto que, como antigua en la legislación de Roma, se cita la tercera forma de testamento, que sustituyó á las expresadas, ó sea la que se verificaba según la fórmula *per aes et libram,* para hacer compatibles las sutilezas ceremoniosas del Derecho á la sazón vigente con la transmisión de la fortuna hereditaria en cada caso dado.

Las Instituciones del Emperador Justiniano, en el § *1.°*, *tít. X de su libro II*, nos dicen que dicha última forma de testar se hacía por la mancipación, esto es, por una venta fingida en presencia de cinco testigos y del *libripens,* los cuales debían ser ciudadanos romanos púberes, y del que llamaban comprador de la familia, ante los cuales pronunciaba el testador las palabras sacramentales *haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*, según nos asegura Gayo en su obra antes citada. Hubo necesidad de valerse

de este rodeo y de hacer figurar en la solemnidad á ese extraño personaje, denominado comprador de la familia *emptor familiae,* porque como la herencia (objeto incorporal) no podía figurar entre las cosas *mancipi,* se fingió entonces la venta de cosas materiales, como era el conjunto de bienes del patrimonio de una persona.

Transformándose los rigoristas principios del Derecho civil por las máximas más humanas y racionales del edicto del Pretor, apareció poco después una forma modificada del testamento, *per aes et libram,* del que ya desaparecía la *mancipatio,* y también la *nuncupatio,* introducida con posterioridad á aquélla, y que suponía la manifestación verbal solemne que hacía el testador de cuál era su voluntad para después de la muerte; desaparecían también el *libripens* y el *emptor familiae,* para no quedar más que la intervención de los testigos que, en número de siete, habían de marcar con su anillo (propio entonces éste de todo ciudadano romano) las tablas del testamento.

Mas, como sucesivamente (hablan las Instituciones justiniáneas), tanto por la costumbre como por las reformas de las *Constituciones imperiales,* comenzaron á fundirse en uno el derecho civil y el pretorio, se estableció que el testamento se hiciese en un solo y continuo tiempo, á la presencia de cinco testigos (requisito del Derecho civil), los cuales debían suscribirlo (con arreglo á dichas Constituciones) y sellarlo (conforme al edicto del Pretor). Justiniano añadió á todas estas solemnidades la de que el nombre del heredero debía de estar escrito por mano del testador ó de los testigos.

En tiempo de los Emperadores Teodosio y Valentiniano III, y refundidos ya el Derecho civil, el pretorio y las Constituciones imperiales, quedó definitivamente en vigor el testamento llamado *tripartito,* que había de otorgarse en unidad de tiempo, lugar y solemnidades, y en presencia de siete testigos individualmente *rogados* (es decir, convocados), los cuales habían de imponer sus sellos y firmas, como también el testador, en la cubierta del testamento.

Pasando ya á los precedentes de la legislación española, la ỵ del *Fuero Juzgo* anotada en los *Precedentes legales,* nos indica s cuatro formas de testar, ya por escrito ó ya de palabra, siendo lo en ella requisito digno de llamar la atención, como circunsıcia propia de la organización social de aquella época, el de

que los testigos que daban fe del acto del testador habían de jurar esta declaración dentro de seis meses delante del Obispo de la ciudad, siendo el testamento escrito, y si de palabra, en el mismo tiempo, ante el Juez secular. Dichos testigos percibían por su trabajo la vigésima parte de los *dineros* del *muerto*, y tenían obligación en el expresado período de poner en conocimiento de los herederos su nombramiento, bajo pena de ser tenidos los primeros por falsos, á no ser que dejasen de hacerlo por engaño de otro hombre ó mandado del Rey.

El *Fuero Real*, en algunas leyes del *tít. V, lib. III*, muestra ciertas reminiscencias romanas respecto á solemnidades testamentarias, pues exige que los testigos sean rogados ó *convidados* y que aparezca el sello de los testigos en la cubierta. En este *Codex* figura, por primera vez, el Escribano como persona de principal importancia en el otorgamiento del testamento, y se refiere el legislador ya á los llamados públicos.

La *ley 194 del Estilo* señala un precedente curioso, cual es el de distinguir entre persona arraigada ó no arraigada, para el hecho de otorgar testamento; la primera tendrá que hacerlo por mandado del Alcalde del lugar, y la segunda no necesita de este requisito.

Metodizando y reduciendo ya la materia á reglas más científicas, sigue luego la legislación de Partida distinguiendo solamente el testamento nuncupativo ó hecho de palabra, del escrito ó el que se hace de manera *«que los testigos no sepan lo que yace en él,»* y marcando la línea divisoria entre los testamentos secreto y abierto, con referencia á la fundamental idea que ha de presidir al dividir aquéllos, como más adelante probaremos; pues es inexacta la de que se hallen ó no escritos, ó se manifiesten por la palabra hablada. Exige la presencia de siete testigos, en cualquiera de las dos formas indicadas, y el Escribano.

La *ley 19 del Ordenamiento de Alcalá,* que forma *la 1.ª, título XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación,* además de haber creado un organismo contrario al que hasta entonces venía rigiendo en materia testamentaria, modificó también lo vigente respecto á solemnidades para testar. Al efecto, por ella se autorizó el testar de palabra, ya en presencia de Escribano y tres testigos vecinos del lugar, ya de cinco testigos, vecinos, sin Escribano, ya de tres testigos vecinos, si no había cinco ni Escribano

en el lugar, ó ya de siete testigos no vecinos, sin Escribano, habiendo exigido *la 3.ª ley de Toro* para el testamento secreto *ó in scriptis* siete testigos, por lo menos, con Escribano, los cuales hayan de firmar encima de la cubierta, y en caso de no saber, firmen los unos por los otros, de manera que sean ocho firmas, con más el signo del Escribano. Estas últimas leyes han constituído el Derecho vigente hasta la publicación del *Código civil*, en las provincias de legislación común.

Si examinamos también á la ligera los precedentes que nos proporciona el Derecho foral, observaremos igualmente especialidades muy dignas de ser conocidas. En Cataluña, por ejemplo, siguiendo la tradición romana, se exige la presencia de Notario y de dos testigos, que han de ser rogados; solemnidades aplicables al testamento público y al secreto. Es de rigor la unidad de contexto. En los lugares donde no haya Notario, sustituirá á éste el Párroco. Además de estos testamentos ordinarios, hay otros privilegiados, como el sacramental, exclusivo para los ciudadanos de Barcelona y poblaciones que gozan de sus prerrogativas, el cual vale en cualquier forma que se otorgue, hablada ó escrita, con ó sin Notario, siempre que los testigos que hayan intervenido, en el término de seis meses desde que estuvieron en Barcelona, jurasen en la iglesia de San Justo, sobre el altar de San Félix mártir, presente el Notario que autorizaba tal testamento, ú otras personas, que así ellos lo vieron ú oyeron escribir ó decir, como se contiene en la escritura ó última voluntad verbalmente explicada por el testador; hay también admitido el testamento *inter liberos*, muy análogo al testamento de ascendientes y descendientes del Derecho Romano, en el que no se exigen más solemnidades que las de estar escrito, fechado y firmado por el testador, y la de contener la institución de heredero á favor de los hijos y demás descendientes.

En Navarra, el testamento se otorga ante Notario y dos testigos; y, caso de que no pueda encontrarse aquél, ante el Cura párroco ú otro clérigo y dos testigos, ó ante tres testigos vecinos del lugar, que no sean parientes, criados del testador, ni interesados en la sucesión. Estas dos últimas clases de testamentos, ó sea aquellos en que no interviene el Notario, necesitan del *aboniniento ó adveración* para que sean válidos; es decir, hay que elevarlos á escritura pública.

Según la legislación de Vizcaya, se permite el testamento hasta sin Escribano, cuando éste no se pudiere hallar, ni tampoco los testigos suficientes; basta para ello la presencia de dos hombres buenos, varones, y una mujer de buena fama, siempre que hayan sido rogados para ello.

En Aragón también es lícita la presencia del capellán ó párroco y dos testigos, cuando no se pueda hallar Notario; los testigos han de ser rogados y han de ver, oir y entender al testador. Es requisito también exigible la *adveración*. Las mujeres pueden ser también testigos. El testamento cerrado ha de estar firmado en su cubierta por el Escribano y los dos testigos, juntamente con el testador. También se conoce el testamento especial otorgado en despoblado, para el cual basta la presencia de dos testigos mayores de siete años, ó ante una mujer de buena fama, concurriendo en todo caso un clérigo.

La legislación de Mallorca sobre testamento es la misma del Derecho romano.

Abundantes enseñanzas se obtienen de esta rápida excursión histórica para el objeto del presente comentario. En primer lugar, obsérvase cómo á través de los diversos períodos de la vida del Derecho positivo, van concretándose los diferentes legisladores á la idea fundamental de establecer solemnidades testamentarias garantizadoras de la autenticidad y verdad de la última manifestación de una persona en orden á sus bienes ó intereses morales, relegando al olvido formulismos y ceremonias sin valor ni eficacia alguna para tales objetos; se ve cómo la organización social y creencias de cada época dan también su contingente, aportando requisitos que perdían su razón de ser en cuanto aquéllas cedían su puesto á otras de significación distinta; cómo al mismo tiempo, la mayor facilidad en inventar adulteraciones de la voluntad testamentaria, origina la aparición de garantías y medios de precaución, que constituyen otras tantas solemnidades; y cómo, al propio tiempo, sin desatender tan principales fines, se adapta el legislador, en la exigencia de formalidades, á aquellas que sean más fáciles de cumplir, dadas las condiciones diversas y anormales en que pueda encontrarse el testador, y que imprescindiblemente se juzgan como necesarias al objeto de servir de comprobación del dicho testamentario. Por último, vamos ya caminando á una mayor simplicidad de formas

de testar, y á una más evidente regularización científica de materia tan abandonada antes al casuismo y confusión de clasificaciones y subclasificaciones múltiples y heterogéneas.

***

Clases de testamento según el Código civil.—La *Base 15* de las que han servido para redactar el Código, indica el propósito del legislador de respetar la legislación vigente en materia de solemnidades testamentarias, dentro de los acuerdos tomados en las reuniones celebradas en Noviembre de 1882 por la Comisión general de Codificación con asistencia de los Vocales correspondientes y de Senadores y Diputados, completando tales acuerdos y legislación con cuanto atienda á asegurar la verdad y facilidad de expresión de las últimas voluntades. Con arreglo á esta amplia autorización, pues, se divide el testamento en común y especial, que nosotros también denominaríamos ordinario y excepcional, normal y anormal. El primero, como dichas frases indican, es el que se usa en condiciones corrientes y frecuentes; el segundo, para los casos de excepción en que el hombre se encuentra dominado por alguna circunstancia apremiante, ó sin tener al alcance todos los medios y facultades que á los otros testadores asisten. Está bien suprimido el antiguo calificativo de *privilegiado* que antes se daba á la segunda clase de dichos testamentos; porque la idea de privilegio no expresa exactamente la excepcionalidad del testamento especial. Todos los testadores, como todas las personas, civilmente consideradas, son iguales ante la ley, y el privilegio que se concede á las que física ó moralmente están imposibilitadas de testar en las mismas condiciones que los demás hombres, dispensándolas de determinadas solemnidades, no es privilegio, sino regla de necesidad y de justicia, que hacen forzosamente imprescindible las diversas circunstancias de la vida, á no ser que negáramos la facultad de testar á todo el que no pudiera hacerlo con sujeción á un patrón y á unas reglas de inexcusable é inquebrantable respeto.

La subdivisión del testamento común, ordinario ó normal en ...grafo, abierto y cerrado nos significa más claramente el con...pto antes expresado. El que puede testar con arreglo á aquél, ...ne libertad para escoger, de entre dichas formas, la que más

le convengan y la que mejor se adapte á la peculiar situación en que se encuentre, siendo igualmente válida cualquiera por la cual se determine. Al que ha testar según las solemnidades de un testamento especial se le impone la necesidad de adoptar aquella forma que para el caso en que se encuentra le proporciona el legislador, sin poder valerse lo mismo de otra, aunque sí de una de las formas del testamento común, porque tiene declarado el Tribunal Supremo (y es esta noción muy natural y comprensible) que el aumento y abundancia de solemnidades nunca puede perjudicar á un testamento ni empecer á su validez. El militar, por ejemplo, nunca podrá testar por las solemnidades del testamento establecido para el que se halle en población infestada de peste, ni éste valerse de la especialidad del primero. Son los testamentos especiales, concesiones excepcionales para las circunstancias de la vida que al crearlos se han tenido presentes; por esto dice el art. 3.626 del Código argentino que la forma de una especie de testamento no puede extenderse á los testamentos de otra especie.

Aun cuando el testamento ológrafo, por las escasas solemnidades que exige, y según la noción que nos anticipa el art. 678, ampliada por el 688, parece que debía ser el testamento especial por excelencia, se le ha incluído entre los ordinarios ó comunes, quizá con demasiada anticipación ó falta de preparación en las costumbres contra una forma de testar tan expuesta á peligros y dudas, aun rodeada de las precauciones con que el legislador ha tratado de evitar aquéllos.

Los testamentos abierto y cerrado se definen por razón de su naturaleza, no considerando ciertos accidentes que son en ellos puramente secundarios. Aplaudimos esta mejora que, como digimos, viene ya iniciada desde la legislación de Partida. En efecto: la circunstancia de la escritura es accesoria, sobre todo en el testamento abierto. Éste, que mejor denominaríamos testamento por acto público, como hace el Código de la República Argentina (artículo 3.622), ó testamento público, exige como condición esencial que la manifestación del testador se dé á conocer públicamente al Notario y demás personas que en el acto intervengan. Por lo tanto, puede ser verbal ó escrito, porque en este segundo caso, el testador lee á dichas personas el que es hasta entonces un proyecto de testamento; y al hacer esa operación, se entiende

que testa, suscribiendo él á continuación y aquéllas el correspondiente documento y dando así fe, no solamente de su intervención en el acto, sino también de que dicho documento contiene lo que oportunamente se leyó como última disposición del testador: hasta el extremo de que en lo sucesivo, combatida ó discutida la autenticidad ó verdad de un testamento de esa clase, la principal comprobación consistirá en examinar la certeza de las firmas que lo suscriben y en ser reconocidas las mismas, siendo posible, por sus autores.

En el testamento cerrado, ó mejor llamado secreto, ya es de precisión que medie la escritura, porque es imposible reservar una disposición cualquiera hablada, cuando empieza por no ser secreta para los que la oyen expresar; por lo cual, la esencia del testamento cerrado es de ser forma secreta de testar. En ella sólo el testador sabe su última voluntad; y los que, como testigos ó funcionario notarial, intervienen para solemnizar el acto, se limitan únicamente á dar fe de que dicha voluntad se les ha dicho que estaba contenida en un pliego que á su presencia se cierra y sella, ó que se les muestra ya cerrado y sellado, certificando ellos mismos de tal extremo con sus firmas en la cubierta ó sobre del expresado pliego. Está, pues, la misión de estas personas más circunscrita en el testamento secreto que en el público, ya que en éste son testimonio del conocimiento de la voluntad testamentaria, y en el primero la desconocen, dando fe exclusivamente del elemento material en que aquélla se exterioriza y aun menos, de la envoltura en que dicho elemento se encierra.

El testamento especial se subdivide en militar, marítimo y hecho en país extranjero, según el art. 677. Casi todos los comentaristas del Código encuentran inexacta dicha subclasificación, y algunos llegan á mencionar, dentro de aquél, hasta diez y ocho clases de testamentos especiales, enumerando los hechos en campaña; ante los Comisarios de guerra; durante un hecho de armas; á bordo de un buque; en peligro de naufragio en país extranjero; el de los Contadores de buques de guerra y Capitanes de los mercantes, el del loco, el del sordo, el del ciego, el del sordomudo y del mudo, el hecho en tiempo de epidemia, *in articulo mortis*, en lengua extranjera ante los funcionarios diplomáticos ó consulares, el de mancomún ó hermandad, el por Comisario y el otorgado con cláusula derogatoria ó *ad cautelam*. Efectivamente, todas

estas especies de testamentos están consignadas en el Código, ya como permitidas ó ya como prohibidas. Pero, fijando la atención en la índole de cada una de ellas, resulta que las tres primeras comprenden sólo diversas modalidades del llamado testamento militar, puesto que su característica es que lo otorguen militares, de cualquiera graduación y jerarquía que tengan; los otorgados á bordo de un buque en peligro de naufragio y los de Contadores y Capitanes de buques, son todos testamentos marítimos hechos en el mar y en razón á los peligros que sobre este elemento más frecuentemente se corren; los sordos pueden otorgar indistintamente testamento público ó secreto; los ciegos únicamente de la primera clase; los sordo-mudos y los que no saben ó no pueden leer otorgarán solamente el testamento abierto; y todos estos, por la mayor vigilancia que inspira su desgracia, en evitación de posibles adulteraciones de su última voluntad, han de sujetarse al cumplimiento de las solemnidades de los testamentos público ó cerrado, y también en algún caso del ológrafo, con más algunas otras precauciones que no alteran ni infringen la esencia de aquéllas. Los testamentos otorgados en tiempo de epidemia é *in articulo mortis* son, por su naturaleza, verdaderos testamentos abiertos. El otorgado en lengua extranjera puede ser abierto, cerrado ú ológrafo, según la forma que al efecto se adopte por el que no conozca nuestro idioma ó quiera aprovecharse de todos modos de las ventajas que le ofrezca el uso del suyo propio. El testamento que se otorgue ante los funcionarios diplomáticos ó consulares, asimismo puede ser abierto, cerrado y hasta ológrafo, según se desprende de los artículos 734 y 736 del Código y de la referencia que el primero hace á las secciones quinta y sexta del presente capítulo, que tratan respectivamente de las formalidades del testamento abierto y del cerrado. El testamento del loco en un intervalo lúcido no es otra cosa que una especial manifestación del testamento abierto caracterizado por las solemnidades de naturaleza excepcional que se determinan en el art. 665.

No se opone á esta conclusión el susodicho artículo del Código porque si bien habla de testigos, con lo cual se asimila á las condiciones generales del testamento abierto común, lo cierto es que los Facultativos son los que, con su dictamen, dan autenticidad, ó, mejor dicho, ponen al demente temporal en condiciones de usar de su testamentifacción activa. La mención que se hace

de los testigos, suponemos que constituya también una nota aclaratoria para saber en compañía de quiénes han de suscribir los Facultativos cuando éstos no intervengan solos.

Los testamentos de mancomún ó de hermandad y el por comisario, admitidos solamente por el Código en el sentido y con las restricciones que en sus respectivos comentarios explicamos, pueden llevarse á cabo bajo las tres tan repetidas formas de testar; pues las especialidades respecto á ellos previstas no son incompatibles con las solemnidades propias de los testamentos ológrafo, abierto y cerrado.

El testamento con cláusula derogatoria ó *ad cautelam*, ya veremos que lo prohíbe absoluta y terminantemente el art. 737 del Código.

De modo que, en realidad, existen multitud de tipos ó clases de testamento adaptables, según hemos dicho, á múltiples circunstancias de la vida en que el testador puede hallarse; pero esas especialidades pueden siempre agruparse y comprenderse dentro de los tres principales moldes ó formas de testamentos, que se llaman abierto, cerrado y ológrafo. De lo cual deducimos asimismo que el legislador español no ha estado muy exacto al redactar los artículos 676 y 677 del Código, por cuanto, no sólo el testamento común puede ser ológrafo, abierto y cerrado, sino también los especiales han de adoptar forzosamente alguna de dichas tres formas, según hemos demostrado antes. Lo esencial, repetimos, es que el testamento sea público, secreto, ó lo escriba por sí mismo el testador y lo suscriba, sin intervención extraña. Dentro de estas bases ó principios generales caben diversidad de modalidades en las manifestaciones testamentarias y aumento ó disminución de solemnidades, según sean los casos en que se teste. Por esta razón, creemos que si el Código menciona como especiales los testamentos militar, marítimo y el hecho en país extranjero, y los regula cada uno en sección separada, sin examinarlos al propio tiempo que los ológrafo, abierto y cerrado, es porque los primeros pueden adoptar indistintamente cualquiera de dichas formas, principalmente las dos últimas; y el estudiarlos juntamente con los testamentos comunes, implicaría la idea de que sólo podrían otorgarlos los militares, marinos ó personas que se encuentran en el extranjero, en la forma determinada en la sección en que se incluyen. En cambio, al tratarse

del testamento abierto, en la sección quinta, se especializa lo referente al testamento del ciego, porque los afectados por esta desgracia no pueden otorgar testamento cerrado, según el artículo 708. Ya estudiaremos en su lugar el caso de si un ciego puede otorgar testamento ológrafo. Del testamento de los sordomudos y de los que no pueden hablar, pero sí escribir, se trata en la sección del testamento cerrado, porque sólo en esta forma pueden testar aquéllos, ó, por lo menos, les está virtualmente prohibido valerse de las solemnidades del testamento abierto.

Han quedado sin efecto de los antiguos testamentos: el hecho con fe pública ú otorgado solamente en presencia del Rey, el de los aldeanos ante cinco testigos y el del padre ante sus hijos, ante dos testigos, en lugar de los siete.

*
* *

Estudio comparativo del Código español con los extranjeros.—Encontramos ahora ocasión de aplaudir á los autores del Código, porque juzgamos preferente el sistema más científico y claro que adoptaron en la clasificación de testamentos, al empleado por los demás Códigos extranjeros que hemos consultado. Los puntos de vista que en éstos con tal objeto se siguieron, son muy diversos y opuestos. La regla del mayor ó menor número de solemnidades no puede servir de base para establecer una científica clasificación, porque no hay un tipo fijo de solemnidades que pueda llamarse invariablemente normal, fuera del cual sólo se comprendan formas de testamentos menos solemnes. Hay algunos que requieren mayores formalidades que los que pudieran considerarse como testamentos ordinarios, comunes ó normales. Así sucede en nuestro Derecho con el testamento del ciego y con el del sordo; pues además de los requisitos exigidos para el testamento solemne abierto, se exigen los de que en el primer caso habrá de darse lectura al testamento dos veces, una por el Notario y otra por uno de los testigos ú otra persona que designe el testador; y en el segundo caso, el testamento deberá ser leído por el mismo sordo, y no sabiendo ó no pudiendo, por dos personas en su nombre, en presencia de los testigos y del Notario. Lo propio acontece con el testamento de los sordo mudos y de los que no pueden hablar, pero sí escribir, pues además de las solemnidades propias

de todo testamento cerrado, han de cumplirse las que determina el art. 709, de la misma manera que hacen los artículos 1.024 del Código chileno y 766 de el del Uruguay, que son las compilaciones extranjeras que, con la de Colombia, adoptan la división de testamentos en solemnes y menos solemnes ó privilegiados, según sus artículos 1.008, 752 y 1.064 respectivamente.

No encontramos, asimismo, muy de acuerdo con los principios de la ciencia la clasificación del Código portugués, cuyo art. 1.910 divide el testamento en público, cerrado, militar, marítimo y externo ó hecho en país extranjero, como si los tres últimos fueran, en su esencia, contrarios ó distintos de los otros. Igual apreciación puede hacerse de la división del Código de Sajonia (artículos 2.002 y siguientes) en testamentos ordinarios y extraordinarios, subdividiendo los primeros en judiciales y extrajudiciales, y pudiendo ser unos y otros verbales y escritos; los extraordinarios se subdividen en diversas clases, como el testamento militar y el hecho en tiempo de epidemia.

Hay algunos Códigos que dividen los testamentos en públicos y privados, pero dando á estos términos significación diversa de la que en realidad tienen y de la que hemos expuesto en el presente comentario. Así, por ejemplo, el Código mejicano (artículos 3.751 y 3.752) denomina testamento público al que se otorga ante Notario y testigos idóneos y se extiende en papel del sello correspondiente; y testamento privado al que se extiende ante testigos idóneos, sin intervención de Notario y sin que sea preciso el uso de papel sellado; pudiendo ser el testamento público abierto ó cerrado, y el privado sólo abierto. Es decir, que, según tal legislación, la publicidad del testamento no consiste en que éste se dé á conocer á todos los que en él intervienen, sino en la presencia del Notario, representante de la fe pública extrajudicial, que le otorga tal carácter, aunque en realidad el testador mantenga reservada su última voluntad. Evidente es, pues, la impropiedad de tal terminología, la cual induce á confusión en las ideas que dichas palabras tratan de representar.

Con el legislador mejicano parece, en cierto modo, convenir el ruso, pues en el art. 857 de su Código civil divide el testamento en privado y auténtico, llamando el primero al que está escrito y firmado por el testador, y después se presenta por éste en persona á la Justicia municipal ó al Tribunal del distrito, á la Cámara ci-

vil ó á las Autoridades que la reemplacen; y testamento auténtico al que está también escrito por el testador ó por un mandatario á quien lo dicte, firmando, en este segundo caso, aquél, y además el mandatario y tres testigos, reduciéndose éstos á dos si entre ellos estuviere el confesor de dicho testador.

Más de acuerdo está con nuestra opinión y con nuestro Código civil el de la República argentina, cuyo art. 3.622 distingue tres formas de testar: la ológrafa, la hecha por acto público y la del testamento cerrado; deduciéndose con toda evidencia del examen de los artículos 3.651 á 3.664 que el testamento por acto público equivale por completo al nuestro abierto. Lo propio decimos del Código francés, cuyo art. 969 divide el testamento en ológrafo, hecho por instrumento público y místico ó secreto; el segundo se otorga ante dos Notarios y en presencia de dos testigos, ó ante un Notario en presencia de cuatro testigos.

El Código italiano virtualmente se aproxima á nuestro criterio; aunque no parte del principio esencial de haber de ser el testamento público ó secreto, viene así á indicarlo, al clasificar éste en el art. 774 en ológrafo y en hecho por acta notarial; subdividiendo el último en público y privado y haciendo intervenir en ellos al Notario, pero reduciendo el privado á la forma secreta.

Según la legislación inglesa, no hay formas determinadas para el otorgamiento de las últimas voluntades, bastando únicamente que aquéllas consten siempre, y bajo pena de nulidad, por escrito, aparezcan firmadas por el testador ó por cualquiera otra persona en su nombre y por su orden, y sea la firma reconocida posteriormente por dicho testador en presencia de dos ó más testigos, que firmarán con él el testamento. Estas mismas reglas, en lo esencial, rigen en los Estados Unidos, y principalmente en los Estados de Pensilvania, Delaware, Virginia, Ohio, Illinois, Missouri, Tennessee, Carolina del Norte, Nueva York y Kentucky.

El Derecho común alemán y el Código de Baviera clasifican los testamentos en ológrafos, públicos, secretos y nuncupativos, hecho éste ante cinco testigos. Lo mismo ocurre en el Derecho de Austria y en el del cantón de Bale; pero bastando para el último de dichos testamentos tres testigos. En los Códigos de los cantones de Berna, Friburgo, Neuchatel y en las leyes de Dinamarca y de Grecia puede testarse nuncupativamente ante dos testigos, siempre que el testador se halle en peligro inminente de muerte;

pero si no muriera, el testamento se anulará en un plazo más ó menos breve, después del restablecimiento del expresado testador.

Véase pues, cómo en la ligera reseña que, respecto á formas de testar en las diferentes legislaciones europeas y americanas, acabamos de hacer, hay criterio para todos los gustos y acomodamiento para las más diversas opiniones. En materias como ésta, sin embargo, debe aspirarse á la mayor claridad y unidad en los conceptos, procurando agrupar en términos todo lo más comprensivos posible, las diferentes modalidades que la realidad presenta, para que la clasificación de las formas de testar obedezca á las inflexibles reglas lógicas y sea útil en las aplicaciones que las distintas situaciones de la vida pueden imponer al testador.

En rigor de doctrina, el testamento ológrafo, uno de los términos de la división de nuestro art. 676, no puede por completo oponerse á los otros dos de público y privado ó secreto; y, por tanto, científicamente debía comprenderse en uno de ellos ó en los dos á la vez, porque la circunstancia de hallarse el testamento todo él escrito y suscrito por el testador, no hace variar en lo más mínimo la consideración general que repetidamente hemos expuesto, de que lo único esencial y exacto, en cuanto á formas de testar, es que la última manifestación se muestre paladina y públicamente, en todos sus detalles, ante varias personas, ó por el contrario, la mantenga reservada su autor. Del art. 691, que más adelante examinaremos, se deduce que el testamento ológrafo puede hallarse ó no en un pliego cerrado; es decir, que, por su naturaleza, puede ser público ó secreto, sin que por eso se quebrante su genuino y especial modo de ser. El legislador español, no obstante, habrá hecho mención especial de ese testamento para dar más relieve y significación á una forma de testar que ahora se admite ya más perfeccionada, por primera vez en nuestro Derecho, y que, al parecer, necesitaba de aislado y más cuidadoso examen para evitar posibles y hasta muy naturales peligros en su especial manera de ser.

De modo que, por virtud de lo que llevamos afirmado, nosotros estableceríamos dos capítulos generales, denominando al primero «*del testamento público ó abierto*» y destinando el segundo á la regulación *del testamento cerrado ó secreto*. En cada uno de esos

capítulos, ya por medio de secciones, ó ya en los mismos artículos del capítulo, estudiaríamos todas aquellas clases de testamentos que sólo pueden otorgarse por acto público y en forma abierta, ó valiéndose del procedimiento secreto y cerrado; y, por fin, agregaríamos una sección apéndice ó capítulo comprensivo de *disposiciones comunes á los dos capítulos anteriores*, las cuales regularían todos aquellos testamentos que pudieran otorgarse indistintamente, ya en la forma secreta, ya en la abierta; y ahí estudiaríamos el testamento ológrafo. Esto nos parece más lógico, más científico jurídicamente, más claro y más comprensible.

Los artículos 678, 679 y 680 comprenden definiciones de las distintas clases de testamento común, verdaderamente innecesarias é inoportunas en el presente lugar del Código, cuando existen secciones del mismo, destinadas á exponer la índole y solemnidades de aquéllos, y cuando esa anticipación de conceptos se hace además en forma no muy adecuada á las exigencias de una compilación civil, más necesitada de previsoras y exactas reglas que no de definiciones dogmáticas.

Las ideas expresadas en los citados artículos convienen con las que nosotros emitimos en el presente comentario. El testamento ológrafo, de *olos* y *grafos*, escribir por entero, es, no sólo el que el testador escriba por sí mismo (pues ya veremos que esta circunstancia puede ser común muchas veces á los testamentos abierto y cerrado), sino el que además se otorga con arreglo á los requisitos determinados en el art. 688 del Código, que en su oportuno lugar más detenidamente analizaremos. El testamento abierto es aquel en que testigos y Notario, cuando éste intervenga, *quedan enterados*, son sabedores, por habérselo oído leer ó pronunciar al propio testador, del contenido de sus últimas manifestaciones; esto es, testamento público ó nuncupativo. Y por último, el testamento cerrado se caracteriza por el hecho de que el testador *no revela* su última voluntad, y testigos y Notario se limitan en él á dar fe del pliego en que aquélla está escrita y encerrada.

Y por ahora, no debemos ser más explícitos, para no restar aclaraciones y explicaciones á comentarios posteriores.

ART. 681. No podrán ser testigos en los testamentos:

1.° Las mujeres, salvo lo dispuesto en el art. 701.

2.° Los varones menores de edad, con la misma excepción.

3.° Los que no tengan la calidad de vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento, salvo en los casos exceptuados por la ley.

4.° Los ciegos y los totalmente sordos ó mudos.

5.° Los que no entiendan el idioma del testador.

6.° Los que no estén en su sano juicio.

7.° Los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos ó privados, ó por el de falso testimonio, y los que estén sufriendo pena de interdicción civil.

8.° Los dependientes, amanuenses, criados ó parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad del Notario autorizante.

Concordancias.—Análogo á los artículos 589 y 590 del proyecto de Código de 1851 é igual al 676 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, ley 12, tít. IV, libro II.*—El ninno ó la ninna pues que ovieren complidos XIIII annos, mandamos que puedan ser testimonias en todo pleyto.

Fuero Juzgo, ley 10, tít. V, lib. II.—... E los ninnos e los vieios que son fechos locos, e que non han nenguna sanidad en nenguna ora, nin pueden seer testimonias... Mas si en alguna ora ovieren sanidad, lo que fizieren en aquel tiempo de sus cosas deve seer establescido.

Fuero Real, ley 9.ª, tít. VIII, lib. II.—Padres, fijos, nietos, visnietos, hermanos, primos, sobrinos, primos fijos de hermanos, sobrinos fijos de primos, segundos cohermanos, tios que son hermanos, ó primos de padre, ó de madre no sean testimonias contra extraños fueras si fuere el Pleyto que sea entre parientes, e parientes de egnaleza. Otrosi no pueda testimoniar contra otro que

haya parte en la demanda, ni ninguno que no haya diez y seis años complidos, ni home que mató home a tuerto, ni traydor, ni alevoso, ni descomulgado, mientras lo fuese, ni hereje, ni siervo, ni ladron, ni home que ande fuera de su orden sin licencia de su mayor, ni home que da yervas á otro por facerle mal, ni robador conocido, ni home que no ha memoria, ni home que dixo falso testimonio, ni el que es dado por sentencia por falso de qualquier falsedad, ni perjurado, ni adevino, ni sortero, ni los que van á ellos, ni alcahuete conoscido, ni home que anda en semejanza de mujer, ni aquel que haya natura de home y de mujer, ni enemigo contra su enemigo, mientra durare la enemistad, e ningun paniaguado por, ni home muy pobre, si no fuere probado por de buena vida y de buen testimonio: e ningun home no sea rescebido por testimonia sino jurare: e si la testimonia no quisiere jurar, que diga verdad de lo que sabe, a los plazos que el Alcalde le pusiere: que aquel que las aduxere por mandado del Alcalde, sea tenido de pechar a aquel que pierde por mengua de su testimonio otro tanto como por mengua dél perdió.

Partida 6.ª, tít. I, ley 9.ª—Testiguar non pueden en los testamentos aquellos que son condenados por sentencia que fuesse dada contra ellos, por malas cantigas, o ditados que fizieron contra algunos con entencion de enfamarlos. Nin otrosi el que fuesse condenado por juyzio de los jubgadores, por razon de algund mal fecho que fiziesse; assi como furto, o por homicidio, ó por otro yerro semejante destos, o por mas graue, de que fuesse dada sentencia contra el. Nin otrosi, ninguno de los que dexan la Fe de los christianos, e se tornan Moros, o judios, maguer se tornassen despues a nuestra fe, que dizen en latin apostatas. Nin las mugeres, nin los que fuessen menores de catorze años. Nin los sieruos. Nin los mudos. Nin los sordos. Nin los locos, mientra que estuuieren en la locura. Nin aquellos a quien es defendido que non vsen de sus bienes, porque son desgastadores dellos en mala manera, ca estos atales non pueden ser testigos en testamento. Otrosi non lo pueden ser ome que es sieruo de otro. Pero si alguno de los testigos que se acertaron quando se fizo algund testamento, andaua por aquella sazon por ome libre, maguer despues fuesse fallado en verdad que era sieruo, non se embarga el testamento por esta razon.

Partida 6.ª, tít. I, ley 10.—*Hermafroditus* en latin tanto quiere

decir en romance aquel que ha natura de varon e de muger. E este atal dezimos que si tira mas a natura de mujer que de varon, non puede ser testigo en testamento nin en todas las otras mandas que ome ficiesse. Mas si se acostasse mas a natura de varon, estonce bien puede ser testigo...

Ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862.—Art. 21. No podrán ser testigos en los instrumentos públicos los parientes, escribientes ó criados del Notario autorizante.

Tampoco podrán serlo los parientes de las partes interesadas en los instrumentos ni los del Notario, unos y otros dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad.

ART. 682. En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituídos ni los parientes de los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad.

No están comprendidos en esta prohibición los legatarios y sus parientes, cuando el legado sea de algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.

Concordancias.—Igual al art. 677 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, libro III, tít. V, ley 8.ª*— ...Pero el heredero no pueda ser testimonia en la manda de que es heredero.

Partida 3.ª, tít. XVI, ley 14.ª—Padre, nin abuelo, nin los otros que suben por la liña derecha, non pueden testiguar por sus fijos, nin por sus nietos, nin por los otros que descienden dellos por essa misma liña. Esso mismo dezimos, que ninguno destos descendientes que non pueden testiguar por aquellos de quien descienden.

Partida 6.ª, tít. I, ley 11.ª—Contienda nasciendo sobre el testamento, entre el heredero que era escrito en el, e los parientes del finado que quisiessen desatar el testamento; entonce dezimos

que bien pueden testiguar aquellos a quien fuesse algo mandado en el, si se acertaron y quando fue fecho. Esso mismo seria, si alguno destos á quien el finado dexasse algo en el testamento, ouiesse contienda con los herederos, en razon de la cosa quel fuesse mandada en el. Ca estonce podrian testiguar los otros, que fuessen y escritos, sobre tal razon, pues que non tañe la contienda de tal cosa a ellos. Mas el que fuesse establecido por heredero, o su padre o los que descendiessen del, o sus hermanos, o los otros parientes cercanos fasta el quarto grado, non pueden ser testigos sobre la contienda que ouiesse el heredero con los parientes del finado, o con los otros omes, en razon del testamento, en que fuesse escrito por heredero.

Ley del Notariado, art. 21.—...Tampoco podrán serlo (testigos) los parientes de las partes interesadas en los instrumentos, ni los del Notario, unos y otros dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad.

Art. 27. Serán nulos los instrumentos públicos:

....

Segundo. En que sean testigos los parientes de las partes en ellas interesadas, en el grado de que queda hecho mérito, ó los parientes, escribientes ó criados del mismo Notario.

ART. 683. Para que un testigo sea decrarado inhábil es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento.

Concordancias.—Análogo al art. 591 del proyecto de Código de 1851 é igual al 678 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 681, 682 Y 683.—I. *Consideraciones de índole general acerca de la testifacción en los testamentos.*—Tres clases de personas intervienen en el otorgamiento de un testamento, normalmente considerado: el testador, los testigos y el Notario. Si esto no ocurre en el testamento ológrafo, en el que no se exige más que la intervención del primero, suele acontecer en

la gran mayoría de las demás formas de testar. En el presente comentario y en el siguiente vamos á tratar del segundo de dichos elementos, es á saber, del testimonio ajeno.

El testimonio propio del testador es insuficiente para acreditar la autenticidad del acto, á no ser en el referido testamento ológrafo, en que la circunstancia de redactar y suscribir el mismo manifestante su última voluntad, unida á otras varias precauciones de índole diversa, sustituye, en concepto del legislador, suficientemente á las demás solemnidades de la presencia del Notario y de los testigos. Éstos, en los casos más corrientes y frecuentes, son la representación en forma privada y extraoficial, digámoslo así, de la sociedad en un acto que para ella ha de tener resultados y transcendencia indudables. Implican, no una prueba del acto en el rigor procesal de la palabra, sino una solemnidad; porque el testimonio de tales personas no ha de necesitarse ni exigirse en lo sucesivo, á no ser en el caso de una impugnación judicial, y esto cuando proceda; las firmas de los que, en compañía del Notario y testador, suscriben el documento, acreditan, garantizan que el último se expresó en la forma que resulta de lo escrito, á no ser que existan presunciones fundadas de falsificación de la última voluntad. La significación del elemento probativo podría sostenerse en el testamento excepcional hecho de palabra, porque éste necesita, para convertirse en documento escrito y poder ostentar carácter oficial, digámoslo así, del dicho de las personas que le han oído tal cual salió de la boca del moribundo. En el testamento normal dan fe en el mismo acto del otorgamiento de su contenido, en un caso, y del pliego que lo encierra, en otro; y el hecho de hallarse estampada la firma de los testigos en la manifestación escrita del testador constituye la sustancial garantía del acto, además de la que presta la presencia del Notario, en los casos en que tiene lugar. No hay, pues, en el supuesto bajo que discurrimos, sino firmas de testigos, que indican su intervención real y fehaciente en el momento mismo en que el testador expresa su voluntad póstuma.

En virtud de las expuestas reflexiones se comprenderá la importancia que efectivamente debe tener esa intervención testifical y la suma de condiciones morales é intelectuales que es preciso exigir á los que, en cierto modo, son elemento esencial del testamento, y sin los cuales no adquiere éste los caracteres de eficaz

y obligatorio, aun concurriendo la valiosa y no menos importante autorización del Notario.

El legislador debió proceder en materia tan delicada con discreción y tino grandes, ya aboliendo antiguas reglas prohibitivas que no conforman con el criterio social de los tiempos presentes, ya abriendo las puertas de la testificación á personas que desconfianzas ridículas ó sutilezas tradicionales tenían y tienen, al parecer, aún en un entredicho incomprensible, ya manifestándose implacable en la exigencia de condiciones de honradez é imparcialidad á los que van á servir precisamente de comprobación del dicho de otra persona, y con el apartamiento, en misión tan de confianza, de todos aquellos sobre los que pesen interdicciones que afecten á sus bienes y á su concepto público. Como estos requisitos se entiende que normalmente concurren en toda clase de personas, mientras no se demuestre lo contrario, el precepto regulador de la capacidad de los testigos debió de haberse expresado en sentido afirmativo, y decirse: «Pueden ser testigos en los testamentos todas aquellas personas contra las cuales no haya declaración de incapacidad ó de incompatibilidad determinada por la ley.» Así se ha hecho al determinar quiénes gozaban de testamentifacción activa.

La regla general, pues, es que son capaces de testificar en las últimas voluntades toda clase de personas. Las que están incapacitadas ó imposibilitadas pueden serlo absoluta ó relativamente. En el primer caso, la prohibición es para toda clase de testamentos en que los incapacitados debieran intervenir; en el segundo, sólo para determinadas formas de testar. La incapacidad absoluta, como dice el distinguido tratadista italiano Vittore Vitali en su monografía sobre la «Forma del testamento italiano» *(Del testamento público*, pág. 31), puede ser moral y física ó natural. La incapacidad moral es aquella que hace menos pleno el ejercicio de los derechos civiles. La incapacidad natural ó físico *(propter vitium corporis)* se funda en motivos que afectan á la imperfección ó carencia de facultades corporales y psíquicas indispensables para que la función testifical pueda cumplirse debidamente.

La incapacidad absoluta, según el Código, reside en los testigos que no estén en su sano juicio, los que no entiendan el idioma del testador, los ciegos y los totalmente sordos ó mudos,

los que hayan sido condenados por delitos de falsificación, falso testimonio y sufran interdicción civil, y, por último, los que sean dependientes, amanuenses, criados ó parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad del Notario autorizante. La incapacidad relativa es aplicable solamente á las mujeres, á los varones menores de edad, á los que no fueren vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento, á los herederos ó legatarios instituídos y á los parientes de los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad; á no ser, en cuanto á los legatarios y sus parientes, cuando el legado sea de poca importancia con relación al caudal hereditario. Estas son las incapacidades comprendidas en los artículos que examinamos, y que deducimos igualmente de otros artículos posteriores, por cuanto cabe asegurar que no toda la materia se halla contenida en los referidos preceptos; los cuales, por tanto, habrán de aplicarse en vista de lo que el legislador tiene determinado para cada clase de testamento en especial.

Afectan incapacidad natural ó física las mujeres, los varones menores de edad, los ciegos y los totalmente sordos ó mudos, los que no entiendan el idioma del testador y los que no estén en su sano juicio. Son incapaces moralmente los no vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento, los que hayan sido condenados por falsificadores y testigos falsos y los que estén interdictos civilmente, los dependientes, amanuenses y criados del Notario autorizante y los herederos y legatarios instituídos, con más los parientes de los mismos en el grado expresado. Las dos últimas categorías más bien podría decirse que se refieren á motivos de incompatibilidad que de incapacidad.

II. *Incapacidades para la testifacción en las disposiciones de última voluntad.*

A) Las mujeres.—Están primeramente considerados en nuestro Derecho positivo como incapaces, las mujeres. En este punto, el núm. 1.° del art. 681 ha seguido la tradición española y la romana; pues ya en el § *6.°, tít. X, libro II de las Instituciones* del Emperador Justiniano se prohibe terminantemente á la mujer ser testigo en los testamentos, y eso que se concede esta facultad á todos los que gozan de testamentifacción activa. Las *Partidas,* en una de las leyes anotadas en los *Precedentes legales,* también establecen claramente igual prohibición; y el *Fuero Real* la

da así á entender cuando se refiere, en el particular, siempre á los hombres. El criterio del legislador romano debe hasta cierto punto justificarse, principalmente en los primeros tiempo de aquel Derecho, cuando ni la mujer podía intervenir en los comicios curados, ni aun después recobró la personalidad jurídica, considerándosela al nivel de sus hijos y sometida al poder del marido. No gozando, pues, de derechos civiles, lógico era que se le negara el de testifacción, según la inflexibilidad y característica lógica de la legislación del pueblo Rey.

Lo que, según nuestro criterio, que no tendremos inconveniente en exponer y fundar, causa extrañeza es que todo un Rey Sabio diera cabida en sus obras jurídicas á un veto tan contrario á razón y equidad, manteniendo una desigualdad en el sexo tan irritante, que exige, más que la protesta natural de las desconsideradas, la desaprobación de todo varón culto y justiciero. Es verdad que hasta una lamentable lógica encontramos en la prohibición que D. Alfonso X estableció contra las mujeres para ser testigos en los testamentos, dado el concepto que del alcance intelectual y de las desconfianzas sociales mantenidas contra aquéllas, tenía dicho legislador. Hasta cierto punto, pues, no sorprende tal prohibición, cuando ese mismo Rey, asombro científico de su época, tiene dicho que el varón es de mejor condición que la mujer en muchas cosas y en muchas maneras *(ley 2.ª, título XXIII, Partida 4.ª)*; que la mujer no puede llegar al altar mientras el clérigo dice misa ni ayudarle en ella *(leyes 1.ª y 11.ª, título XI, Partida 1.ª)*; que no puede, ni aun siendo Reina, armar caballero *(ley 11.ª, tít. XXIII, Partida 2.ª)*; que no puede ser juez, procurador ni abogado, *porque antiguamente defendieron los sabios, por una muger que decian Calfurnia, que era sabidora, porque era tan desuergonzada, que enojaua a los jueces con sus boces, que non podian con ella... e otrosi, veyendo que cuando las mugeres pierden la vergüenza, es fuerte cosa de oyrlas e de contender con ellas; e tomando escarmiento del mal que sufrieron de la boces de Calfurnia defendieron que ninguna muger non pudiesse razonar por otri (ley 3.ª, tít. VI, Partida 3.ª)*. Quien tenía este concepto tan pobre y mezquino de la mujer, mucho mejor podía servirle para inutilizarla como testigo en las últimas voluntades. Y, sin embargo, en legislación de esa misma época se admite el testimonio femenino *en las uendidas, et en las compras, que usan de facer las mugeres, et sobre las*

contiendas, et maleficios que acaescen entre las mugeres; et otrosi en la pesquisa que se face de los yerros fechos de noche, o en yermo; et sobre las cosas que sean ceuiles, quier criminales, que se facen en tal lugar, que non es razon nin guisado de ser y omes con las mugeres (ley 96 de las del Estilo). Y esa misma ley declara solemnemente que *facen los sus dichos* (de las mujeres) *presuncion para poder tormentar.*

¡Cuánto poder é imperio tiene todavía en el carácter español la tradición, y qué labor tan difícil la de abrir paso á los principios de la ciencia y á las ideas de utilidad y conveniencia sociales por entre prejuicios y rutinas que sólo cuentan en su abono precedentes históricos y consagración de vigencia por un lapso de tiempo determinado! Nuestro mismo legislador no se ha considerado, al parecer, con suficientes fuerzas é iniciativa para dar una satisfacción á esa desconsiderada mitad del género humano, poseedora, sí, del sexo más débil, pero provista de un maravilloso poder de intuición, animada de un espíritu de rectitud y de honradez indudables cuando la educación la sostiene, y difícil, si no imposible, á sugestiones del cálculo ilícito ó de combinaciones inmorales. La experiencia nos sustituye á nosotros en la tarea de demostrar tales aserciones.

Muy lejos nos llevaría el exponer la consideración social de que debe gozar la mujer, para derivar de ese juicio el que procedía inspirase al núm. 1.° del art. 681 del Código. Harto se nos alcanza que existen pensadores, apoyados en una corriente de ideas muy cómodamente aceptada, pero no suficientemente discernida, partidarios de una desigualdad en el sexo, que llevan su exageración hasta el extremo de que nos estamos ocupando. Este criterio se halla hoy algo extendido por esa dificultad, que entre ciertas inteligencias existe, de desasirse de nociones ya admitidas por los tiempos, aunque pugnen con ideas para cuyo examen, por lo menos, son necesarios serenidad de juicio y desapasionamiento de ánimo, además de reglas científicas que aquilaten lo que los prejuicios y exigencias racionales merezcan de cada parte para la mejor solución del problema.

Creemos que, tratándose de otorgar mayor consideración jurídica y hasta social á la mujer de la que hasta ahora viene teniendo, se lucha con esa observación, tan alegada, de que no es eso lo acostumbrado, lo consagrado por la Historia, lo que los siglos y Naciones han respetado hasta ahora; que llamaría la

atención, sería cosa demasiado nueva, ver á la mujer abogando ante los Tribunales, difundiendo su saber para el logro de determinadas empresas, aun siendo de las de su más especial incumbencia, ejerciendo cargos de tutora, testificando en los testamentos, etc. Y repetimos que estos reparos se hallan hoy en boga, y, lo que es más sensible, reciben exagerado valor de los que en el mismo terreno de la ciencia se juzgan más desapasionados. Consideran como un delito de lesa ciencia el otorgar á las mujeres mayor grado de ilustración y aun de educación que el que ellos caprichosamente señalan, para que las primeras no desdigan de la condición social que, también á su antojo, tales pensadores las asignan; sin llegar á penetrarse de la ciertísima observación de que, entre una madre educada é ilustrada (que estas dos cosas son precisas para que el desequilibrio de una y otra cualidad no produzca los temores que dichos autores fácilmente anuncian) y la que no lo es, el sentido común siempre preferirá la primera; entre una joven infatuada, preocupada por caprichos indumentarios, pendiente de la última exigencia de la ridícula moda exclusivamente, apoderada de un insano furor del bien parecer; ahogada, en una palabra, por completo, en una atmósfera de frivolidad insustancial, y otra adornada de una cultura y educación mayor en intensidad y en variedad de la que hoy reciben las jóvenes ya más ilustradas, juzgamos ridículo y por demás asustadizo el escrúpulo de prever peligros en la debilidad del sexo, en el prurito de curiosidad, en la carencia de dotes intelectuales para comprender negocios de alguna complicación y en la falta de seriedad que, se dice, supone la intervención femenina en actos jurídicos de alguna transcendencia; reparos atrevidos é infundados, aun dada la poca ilustración de la mujer actual, que se oponen por *espíritus rectos* al propósito de mejorar la condición social de aquélla.

No es con prohibiciones contrarias á razón y á justicia, según nos parece las que examinamos, cómo se resuelve tan delicado problema. La corriente de protesta contra tales errores es evidente, y ya incontrastable en algunos países. Sabios Prelados, publicistas insignes, pensadores de todas las más opuestas escuelas, han tomado con tesón y empeño entusiasta la defensa de ese sexo débil, no en sentido de adulación y por halagarlas, ya que esto parece tan propio á algunos, tratándose de mujeres, sino

por cumplir misión de estricta justicia; y el tiempo, que ha abolido tantos errores y reparado tantos atentados á la dignidad humana, se encargará, según creemos y esperamos, de devolver á la mujer las consideraciones que le son debidas y los derechos que naturalmente le pertenecen.

Loor, pues, y aplauso verdadero merece ese pueblo italiano (de donde parten las iniciativas para los más importantes progresos en el Derecho, y donde la cultura jurídica tiene su mejor representación), el cual, merced á las instancias del honorable Diputado Morelli, tuvo la gloria de ver publicada la famosa ley de 9 de Diciembre de 1877, en cuyo artículo único se dispone, derogando el 788 del Código civil, que quedaba sin efecto la disposición legal que excluía á las mujeres de intervenir como testigos en los actos públicos y privados. Por esto dice el distinguido tratadista Grondona, en su opúsculo italiano *Il testamento per atto di Notaio* (Torino, 1886), que el art. 788 del Código civil sufrió una derogación dimanante de ley especial, en cuanto al requisito de la masculinidad en los testigos testamentarios; y la mujer puede ya hoy prestar esta función civil, de la cual estaba alejada en los Códigos modernos, «exageradamente reproductores de los prejuicios que lleva consigo la sabiduría del Derecho Quiritario». Y el no menos insigne jurisconsulto Mancini, autor del celebrado *Proyecto de Código penal* que lleva su nombre, mostró su opinión en el sentido de no parecerle conveniente restringir los beneficios de la ley de 1877 á sólo la mujer italiana, haciéndose un monopolio, en favor de sus conciudadanas, de la generosidad del Diputado Morelli, cuando los Códigos italianos admitían como testigos tanto á los ciudadanos del país como á los extranjeros residentes en Italia, en los actos públicos y en los testamentos.

El jurisconsulto Vittore Vitali, en una monografía anteriormente citada, entiende asimismo que la ley de 1877 debe de aplicarse sin distinción alguna á la mujer célibe y á la mujer casada, pues el art. 42 de la ley de 6 de Abril de 1879, en el cual se declaraba la incapacidad para ser testigo del marido de la testadora, fué sustituída por la locución «el cónyuge del Notario y de la persona que testa», viniendo á reconocerse que si el legislador limitaba á un solo caso la incapacidad de la mujer casada, por necesidad reconocía su capacidad en los otros, según el conocido

aforismo *inclussio unius exclussio alterius*. Damos todos estos detalles, tratándose del Derecho italiano, para mostrar hasta qué grado están abiertos los horizontes del espíritu jurídico en tal Nación, y cómo en ella se quebrantan sutilezas y antiguallas ante conceptos é interpretaciones de amplia y no por eso menos prudente hermenéutica.

En nuestro propio país, ya el gran Pacheco, comentando las leyes de Toro, manifestaba que no puede darse razón sólida alguna para excluir á las mujeres, como tales testigos, de las últimas voluntades, toda vez que éstas no son ya unas excepcionales leyes, sino meros actos privados de la vida común, que autorizan las más conocidas y vulgares disposiciones de toda regla social. Gutiérrez, en sus *Códigos fundamentales*, entiende que la incapacidad de las mujeres para ser testigos testamentarios tuvo un origen político que ha desaparecido. Navarro Amandi, en su *Código civil de España*, hace observar con mucha oportunidad y razón que no halla lógico el que el testimonio de una mujer, válido tratándose de negocios más transcendentales, como una causa criminal, que puede conducir á un hombre al cadalso, no sea estimable para dar fe de la voluntad de un padre que dispone de sus bienes á favor de sus hijos; añadiendo elocuentemente que la testificación podrá basarse en la moralidad, jamás en el sexo. Pedregal, en el *Estudio crítico del Código español*, que acompaña al texto y comentarios del mismo, publicados por la *Revista de Derecho Internacional*, afirma que la prohibición de ser testigos en los testamentos las mujeres, como recuerdo de los testamentos otorgados por los romanos *in calatis comitiis*, sería una ridiculez; por razón de supuesta inferioridad en la mujer, sería de todo punto injustificada la exclusión; no hay razón de ninguna clase para que en la moderna legislación se establezcan incapacidades y distinciones por razón del sexo, que son depresivas del carácter de la mujer. El Sr. Falcón, en su *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, opina que la incapacidad relativa á la mujer, de origen romano, estaba fundada, más que en la debilidad del sexo, en un motivo puramente político y en la incapacidad general en que las leyes romanas tenían colocadas á las mujeres. El Sr. Alcubilla, en su *Diccionario de la Administración Española*, expresa que con tal fidelidad se inspira el Código en los precedentes antiguos, que reitera la incapacidad referente á las muje-

res, restricción que no conforma ciertamente con el sentido en que se inspiran las legislaciones modernas, incluso el mismo Código, al regular en puntos más graves la capacidad de la mujer: Si esta limitación podía disculparse cuando se creía que «el varón es de mejor condición que la mujer en muchas cosas ó en muchas maneras», no tiene defensa hoy que el sexo sólo determina diferencia de estado en el matrimonio, con el fin de mantener la unidad en la familia.

Los Códigos de Guatemala y de Colombia (artículos 793 y 1.068 respectivamente) no establecen la prohibición de que venimos ocupándonos; y en el Derecho foral, únicamente Cataluña, por aplicar los principios de la legislación romana, señala aquélla en sentido absoluto; pues en Aragón, según la *Observancia 26, De generalibus privilegiis,* la mujer puede ser testigo en el testamento nuncupativo, y en Navarra y Vizcaya son más numerosas las excepciones señaladas para que la mujer pueda dar fe en el otorgamiento de los testamentos. Pero, ¿qué más? hasta el propio autor del Código civil incurre sobre el particular en una contradicción de bulto, si se compara el núm. 1.° del art. 681 con el 1.245, según el cual, en la prueba de las obligaciones podrán ser testigos todas las personas de *uno y otro sexo* que no fueren inhábiles por incapacidad natural ó disposición de la ley. ¿Se conceptúa quizá de mayor transcendencia el otorgamiento de una disposición testamentaria que el de un contrato de transmisión de una cuantiosa fortuna? En el mismo procedimiento criminal, como dice el Sr. Navarro Amandi, ¿hay alguna incapacidad para que las mujeres declaren como testigos, aun en la causa de mayor gravedad? ¿No es esto lógico, ó es, por el contrario, apasionada apreciación de nuestro espíritu obcecado?

Confiamos, por lo dicho, que en la primera revisión que del Código se haga resultará derogada una exclusión tan mortificante para la mujer, y tan contraria á las reglas científicas; y puede asegurarse que si entonces se desaprobara la ansiada reforma, sería por una muy pequeña minoría de inteligencias y de opiniones, quizá de respetable significación, pero de insuficiente entidad para oponerse á una reintegración en la dignidad humana, que debe de estar por encima de sutilezas, de cavilosidades, de desconfianzas y de rutinas inconcebibles en nuestros tiempos.

Si la práctica ofreciera el caso de una persona «*que tirara más á natura de mujer que á la de varón*», ó viceversa, lo cual por fortuna es poco frecuente, no habría inconveniente alguno en aplicar la doctrina de la *ley 10 del tít. 1 y Partida 6.ª*, anotada en los *Precedentes legales*; es decir, cerciorarse de si el sexo se aproxima más al masculino que al femenino, y entonces permitir la intervención de la persona que se encuentre en ese caso como testigo del testamento; y en el caso opuesto, mantener la prohibición de que se ocupa en su primera parte nuestro art. 681.

Según el ilustre tratadista Mata *(Tratado de Medicina y Cirugía legal técnica y práctica)*, la palabra *hermafroditismo* lleva consigo la idea de reunión de los dos sexos en un mismo individuo; por esto, en la especie humana no hay hermafroditismo en tal sentido; entendiéndose por hermafroditismo en el hombre ó en la mujer aquella disposición viciosa de las partes genitales, por la que el sujeto parece ser de un sexo á que realmente no pertenece, ó que no puede determinarse cuál sea su verdadero sexo. Estas malas conformaciones del aparato génito urinario son susceptibles de mucha variedad, como todas las deformidades; sin embargo, pueden reducirse á tres tipos: *hermafroditismo* masculino, cuando, á pesar de las apariencias femeninas, pertenece el sujeto al sexo masculino; *hermafroditismo femenino,* cuando, á pesar de las apariencias masculinas, el sujeto es del sexo femenino, y *hemafroditismo de ambos sexos,* cuando es tal la conformación, que no puede determinarse á qué sexo pertenece el sujeto. En el primero y tercer caso, opinamos que procede declarar capaz á la persona que se encuentre en tales condiciones para ser testigo en cualquier testamento, siempre que no concurra algún otro motivo de incapacidad ó de incompatibilidad; en el primero, porque así autoriza á pensar la citada ley de Partida, y, en el otro, porque es regla de interpretación jurídica que «*in dubiis benigniora preferenda sunt*»; en caso de duda, debe de optarse por el extremo más racional y benigno; y no creemos que, ni aun los más opuestos á la tesis que explicamos sobre la mayor consideración jurídica que merece la mujer, habrían de regatear ese último resto de tolerancia, cuando, por la duda, no pueda resolverse en otra forma el conflicto.

No obstante lo expuesto, el caso es tan extravagante, permítasenos la frase, que sólo á título de curiosidad y por tener pre-

cedente en nuestra legislación patrimonial, lo presentamos y resolvemos.

La excepción que prevé el número 1.° que comentamos se refiere al testamento otorgado en tiempo de epidemia, en el que pueden dar fe solamente tres testigos mayores de diez y seis años, sean varones ó mujeres. En realidad, y bien examinados los artículos pertinentes del Código, ése es el único privilegio concedido, no se sabe si por caridad ó por necesidad, en este particular á las mujeres.

B) Los menores de edad.—La segunda prohibición para ser testigos testamentarios recae en los varones menores de edad, es decir, que no han cumplido veintitrés años. Será en este extremo, seguramente, el Código español el que más alto grado ha señalado á la edad de los que testifiquen en las últimas voluntades. El Código de la República Argentina (art. 3.705) fija la edad de veintidós años cumplidos; los de Francia (980), Italia (788), Méjico (3.758, núm. 7.°) y Portugal (1.466, núm. 4.°) señalan la de veintiún años; y los de Chile (1.012, núm. 2.°), Guatemala (793, número 1.°), Uruguay (771, núm. 2.°) y Colombia (1.068) la de diez y ocho años.

Además, y esto es todavía más significativo, el número del artículo 681 que comentamos se ha desligado por completo de la genuína tradición española y aun de la romana. Ésta hacía coincidir la capacidad del testigo con la pubertad, que ya es sabido comienza á los catorce años *(ley 26, tít. 1, libro XXVIII del Digesto* y el citado § *6.°, tít. I, libro II de las Instituciones* del Emperador Justiniano). Á este límite en la edad se refirieron el *Fuero Juzgo (ley 12, tít. IV, libro II)* y la *ley 9, tít. XVI, Partida 6.ª*, ambas anotadas en los *Precedentes legales*. El *Fuero Real* fijó la edad de los diez y seis años.

¿Qué transcendencia é importancia otorga, pues, el legislador de nuestros días al cargo de testigo testamentario, para exigirle tantas condiciones y extremar tanto los requisitos de su capacidad? Por ventura, ¿es hoy misión más difícil y que exija mayores alcances intelectuales la de dar fe de las últimas voluntades? Entendemos que no. El autor de nuestro Código ha copiado, según nos parece, la primera serie de los extranjeros que antes hemos

enumerado, sin más que fijarse en que éstos expresaban la mayor edad, como límite de la capacidad para testificar, y no teniendó en cuenta quizá que la mayor edad requerida por los primeros era la de veintiún años, y no la de veintitrés, como es la del nuestro.

Las mismas legislaciones forales disienten también del Código en esta materia; porque así el Derecho aragonés como el catalán, el navarro y el mallorquín, fijan la edad de catorce años, siempre que el testigo pase de la de siete.

Con razón afirma uno de los tratadistas anteriormente citados que la menor edad en los varones no debiera ser causa de incapacidad para intervenir como testigos en los testamentos, pues los mayores de diez y seis años, que en tiempos de epidemia pueden testificar, tienen la misma capacidad en cualesquiera otras circunstancias para el desempeño de esa función; si fueran inhábiles en tiempos ordinarios los menores de veintitrés años para dar razón de lo que ven y observan, lo serían en todo tiempo y no se debería admitir su testimonio en los casos de epidemia. Goyena, al explicar el art. 589 del proyecto de 1851, considera suficiente para ser testigo testamentario la edad de catorce años, que es la exigida para testar. Y en efecto, lo que puede hacer una persona tratándose de la mejor distribución de su fortuna y de la más conveniente organización de su familia, de sus empresas, etc., ¿requiere mayor suma de conocimientos, mayores alcances intelectuales ó disposiciones morales que el que únicamente va á autorizar con su presencia y con su firma actos de otra persona? El legislador, ¿quizá se interesa menos por la suerte del que testa que por la del que da fe del testamento? Equipárense, pues, las dos edades, ó exíjase alguna mayor al testador, para que no sea tan brusco el descenso en la de los testigos. Por muchos miramientos de celo, inteligencia, moralidad y discreción que á aquéllos se recomiende, muchos más ha de tener presentes el que ejerza la misión de testador con conciencia plena de lo acertado de sus actos.

Es asimismo bien sorprendente que para testificar en los testamentos se exija la mayor edad, y en cambio, para probar toda clase de obligaciones valgan testigos sólo mayores de catorce años (art. 1.246, núm. 3.° del Código).

¿Podrá ser testigo testamentario, según nuestro Código, el que haya obtenido la habilitación de mayor edad? Ésta, según

los artículos 322 y 323, puede otorgarla al menor de edad, huérfano de padre y madre, el Presidente de la Audiencia territorial del distrito, oído el Fiscal, y siempre que el menor tenga diez y ochos años cumplidos, consienta en la habilitación y le sea conveniente. Esa concesión habilita al menor, según los artículos 317 y 324, para regir su persona y bienes, *como si fuera* mayor, pero sin que pueda tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles, sin consentimiento de su padre, su madre ó su tutor, ni tampoco comparecer en juicio sin la asistencia de estas personas, hasta que no haya cumplido la mayor edad. Es cierto que el Código no señala los efectos de la habilitación más que en lo referente á la persona del habilitado; pero no es menos exacto que dicha habilitación tiende á equiparar al que la obtenga con el mayor de edad, excepción hecha de las limitaciones determinadamente señaladas por el Código, entre las cuales no figura la de la incapacidad para ser testigo en los testamentos. Y la mayor edad, con arreglo al párrafo 2.° del art. 320, significa la capacidad del que la cumpla para todos los actos de la vida civil, salvas las excepciones establecidas en casos especiales por el Código.

Por cuyos motivos conceptuamos, en nuestra humilde opinión, que el habilitado para la mayor edad puede ser testigo testamentario, á no ser que en él concurra otra diversa causa de incapacidad.

Ofrece mayores dudas el caso de si podrá desempeñar dicho cargo el que haya obtenido la emancipación por el matrimonio ó por concesión del padre ó de la madre que ejerza la patria potestad. Sin embargo, aun pareciéndonos conceptos distintos el de emancipación y el de mayor edad, y aun existiendo exprofeso para el caso de habilitación el art. 324, la prescripción terminante del 317 induce á creer qué la emancipación produce, en tal sentido, los mismos efectos jurídicos que dicha habilitación, cualquiera de los orígenes que aquélla tenga; considerándose al emancipado como si realmente fuera mayor, en cuanto á su persona y bienes, cierto, pero sin que se le prohiban más actos que los que ya determinadamente se citan. Y es principio general de Derecho que «donde la ley no distingue, no debemos nosotros distinguir», y también lo es que *odia sunt restringenda, favores sunt amplianda.*

———

C) Incapacidad de los que no tengan la calidad de vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento para ser testigos en los testamentos.—Significativo y de importancia resulta el proceso histórico del problema que envuelve el núm. 3.° de nuestro art. 681. El derecho del pueblo-rey exigía la condición de ciudadano romano á todo el que fuera testigo testamentario, porque para desempeñar esta misión, como para poder testar, ya sabemos que era requisito indispensable el de la testamentifacción, según así terminantemente se dice en el principio del § *6.°, tít. X, libro segundo de las Instituciones justinianeas*. Como afirma el jurisconsulto italiano Grondona, en la obra que ya en este comentario citamos, los romanos exigían la ciudadanía para los testigos testamentarios, porque se trataba de un acto correspondiente al derecho público. Nuestros Códigos antiguos observan un unánime silencio sobre el particular, hasta que la *ley única, tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá*, que equivale á la *1.ª, tít. XVIII, libro X de la Novísima Recopilación,* al fijar las distintas clases de testamentos, por la intervención en ellos de determinado número de testigos, con ó sin Notario, comienza á llamar á aquéllos con el calificativo de vecinos, dando ya importancia á tal cualidad, por cuanto de su concurrencia ó ausencia dependía el que se exigiera mayor ó menor número de testigos, de los cuales se necesitaba hasta el número de siete no vecinos, cuando no pudieran encontrarse cinco testigos vecinos.

La vecindad entonces se determinaba por la permanencia ó domicilio durante diez años en un lugar, adquiriendo propiedad inmueble, cediendo lo que radicase en el punto de donde procediera ó realizando hechos análogos. Vino después la ley Municipal de 2 de Octubre de 1877, la cual, considerando á los habitantes de un término municipal como residentes ó transeúntes, divide á los primeros en vecinos y domiciliados. Llama vecinos el art. 12 de la misma ley á todo español emancipado que reside habitualmente en un término municipal y se halla inscrito con tal carácter en el padrón del pueblo; y domiciliado á todo español que, sin estar emancipado, reside habitualmente en el término, formando parte de la casa ó familia de un vecino. Por último, el transeúnte es el que, no estando comprendido en los párrafos anteriores, se encuentra en el término accidentalmente. De modo que, con relación á nuestro objeto, la palabra residencia es el género, y espe-

cies las de vecindad ó domicilio. Por esto, el núm. 3.° del art. 681 habla de vecinos ó domiciliados, porque pudiendo serle imposible al testador hallar testigos que, en un momento dado y apremiante, concurrieran al otorgamiento de su última voluntad, le da facilidades para suplir tal falta con simples testigos domiciliados en dicho lugar. Esta última cualidad, según la referida ley, ya se habrá visto que se distingue de la de vecindad en no necesitar del requisito de la inscripción en el término municipal.

La concurrencia en un testigo testamentario de todos los requisitos que, ya como vecino, ya como domiciliado, exige la ley Municipal, indudablemente constituye la plena capacidad legal de aquél para ejercer debidamente tal cargo, siempre que no esté comprendido en otro motivo de incompatibilidad ó de incapacidad. En esos casos existiría, digámoslo así, el domicilio ó vecindad más completos y oficiales. Pero no son tan precisos é indispensables éstos, que principalmente se refieren á los efectos políticos y administrativos. Basta que la circunstancia de la residencia y de la habitualidad se puedan acreditar en otra forma y sean indudables. Por esto dicen las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 1866 y 17 de Enero de 1868 (y muchas otras en substancia) que la vecindad que exige la Real orden de 20 de Agosto de 1849, de aplicación política y administrativa, no da lugar á que se considere de esta clase la vecindad exigida por las leyes como requisitos de los testigos en los testamentos. Lo que se expresa de la Real orden de 1849, con igual razón puede decirse hoy de la ley Municipal vigente.

La sentencia, aún más expresiva, de 14 de Abril de 1882 declara que, según la *ley 1.ª, tít. XVIII, libro X de la Novísima Recopilación*, para la validez del testamento hecho sin la presencia de Escribano, han de concurrir cinco testigos vecinos del lugar en que se otorgare, y conforme á lo declarado repetidamente por el Tribunal Supremo, basta que el testigo resida habitualmente en aquella localidad, para que tenga la cualidad de vecino, al efecto de intervenir válidamente en un testamento; y el fallo que da fuerza legal á la declaración de última voluntad otorgada con estas condiciones no infringe dicha ley ni el art. 11 de la Municipal vigente, porque la calidad de vecino para poder intervenir en los testamentos no ha de tomarse de esta ley, sino de la Recopilada y de la jurisprudencia establecida en consonancia con ella.

La sentencia de 24 de Febrero de 1888 expresa que la residencia habitual de un maestro de escuela en el lugar de su destino equivale á la vecindad á que se refiere la *ley 1.ª, tít. XVIII, libro X de la Novísima Recopilación*.

Por regla general, se entiende domicilio legal de una persona, según las sentencias de 27 de Noviembre de 1862 y 12 de Agosto de 1864, el punto donde habitualmente se reside, mientras no se manifieste intención de abandonarle, siendo libres todos los españoles para cambiar de domicilio.

La condición de domiciliado, para los efectos civiles, dice la sentencia de 15 de Diciembre de 1885, independientemente de los administrativos, se deduce de la residencia del cabeza de familia en un pueblo, con el formal propósito de permanecer en él, demostrado por actos inequívocos, y confirmados por la inscripción en el padrón del mismo pueblo.

Según et art. 40 del Código, para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la ley de Enjuiciamiento civil. Ésta, en sus artículos 64, 67 y 68, expresa: que el domicilio de las mujeres casadas, que no estén separadas legalmente de sus maridos, será el que éstos tengan; el de los hijos constituídos en potestad, el de sus padres; el de los menores ó incapaces sujetos á tutela, el de sus guardadores; el de los empleados será el pueblo en que sirvan su destino, y si, por razón de él, ambularen continuamente, se considerarán domiciliados en el pueblo en que vivieren más frecuentemente; el de los militares en activo servicio, el del pueblo en que se hallare el Cuerpo á que pertenezcan *cuando tenga lugar el otorgamiento del testamento;* este último inciso lo sustituímos, para los efectos sustantivos, por el comprendido en la ley de Enjuiciamiento civil. De modo que, aun no refiriéndose ésta más que á los efectos del procedimiento, por la declaración aludida del art. 40 de nuestro Código, tiene aplicación para fijar las reglas del domicilio en relaciones jurídicas privadas y para determinar las nociones del domicilio en cuanto á los testigos testamentarios.

Como expresa el Sr. Sánchez Román en sus excelentes *Estudios de Derecho civil* (última edición), la residencia habitual, como característica del domicilio de las personas naturales, no

ha sido definida por el Código ni señaládose medio alguno especial para su prueba, y, por tanto, deberá entenderse por residencia habitual la que resulte de la inscripción en el padrón municipal, con arreglo á esta ley administrativa, siempre que de hecho no exista y se acredite otra que sea contraria á lo que aquella inscripción haga presumir; prevalecerá, pues, siempre la prueba del hecho de la residencia habitual, aunque sea contradictoria de la inscripción. Tampoco la nota de habitualidad, según el mismo autor, tiene medida de tiempo ni regla alguna que determine el Código, siendo, en consecuencia, cuando no se derive de la inscripción, según la ley Municipal, punto sometido también en cada caso á los resultados de la prueba y á la apreciación que de la misma hagan los Tribunales.

Después de lo que hemos expuesto al analizar el número 2.º del art. 681, respecto á la mayor edad y á la emancipación, nada nos queda que decir con referencia á la nota de *emancipado* que para el hecho de ser vecino exige la ley Municipal.

De modo que, resumiendo: para ser testigo testamentario sería de desear que se acreditase la cualidad de vecino, según la ley Municipal; no existiendo esta declaración oficial, es suficiente la justificación del hecho de la residencia habitual, con intención de permanecer en el lugar, á no ser que aquél resulte de otra declaración especial de la ley, como hemos dicho en cuanto á las mujeres, hijos, personas sometidas á tutela, militares y empleados. La vecindad ó el domicilio acreditados por estos modos comprenden conceptos equivalentes. El Código, sin duda, empleó estas dos palabras refiriéndose á la diferenciación que de las mismas establece la ley Municipal. En suma, para ser testigo testamentario, según el número 3.º del art. 681, basta que la persona que ha de desempeñar tal cargo no sea forastero ni transeúnte. La sentencia de 31 de Diciembre de 1890 declara la incapacidad para ser testigo de los transeúntes que se encuentren accidentalmente en el lugar donde el testamento se otorgue.

Objeto de duda ha sido siempre la frase de dicho número «*en el lugar del otorgamiento*», extendiéndola unos autores á todo el distrito municipal y circunscribiéndola otros al pueblo, caserío, aldea ó reunión de moradas por pequeña que fuese, en que se hallara el testador al tiempo de testar. Las sentencias del Tribunal Supremo de 1.º de Mayo de 1877 y 17 de Febrero de 1882,

cuya doctrina no hay inconveniente en aplicar á la interpretación del Código civil, en cuanto al indicado particular, resuelven la cuestión, declarando: que la circunstancia de vecindad, que exige la *ley 1.ª, tít. XVIII, libro X de la Novísima Recopilación*, para ser testigos en los testamentos, no puede negarse á los que pertenecen á un mismo distrito municipal, único criterio legal para fijar dicho concepto, aunque ocupen diversos grupos de población, que juntos formen el Municipio; y siendo indiferente la circunstancia de que todos sean feligreses de una misma parroquia. Este criterio, además, sería, en todo caso, el forzosamente necesario, porque cuando haya de determinarse la vecindad ó domicilio por la ley Municipal, es preciso acudir á la inscripción en el padrón, y éste no se forma más que por cada agrupación de pueblos que juntos constituyan un Municipio. En igual amplio sentido ha resuelto el problema el decreto del Tribunal francés de casación de 10 de Mayo de 1825, en cuanto á la contraposición de los términos «*departamento comunal*» y «*países ó tierras de dominación francesa*», decidiéndose en favor de estas últimas, como hace el Código civil de ese país, modificando una ley anterior destinada á regular los actos notariales, según nos refiere el ilustre jurisconsulto Rogron en su *Code civil expliqué*.



Los extranjeros ¿pueden ser testigos testamentarios? Otros Códigos hacen de ellos mención especial y el nuestro los omite en esta parte que estudiamos. La cualidad de español ya sabemos que se gana, entre otras formas, por el hecho de haber obtenido carta de naturaleza; pero también se puede conseguir ganando vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía, para lo cual han de renunciar los extranjeros previamente á su nacionalidad anterior, jurar la Constitución é inscribirse como españoles en el Registro civil (artículos 17, números 3.° y 4.°, y 25 del Código civil). Los extranjeros que cumplen tales requisitos pierden, pues, tal calidad y adquieren la común de todos los habitantes nacidos en el Reino ó fuera de España, aunque hijos de padre ó madre españoles; es decir, se hacen españoles, y entonces la duda propuesta se resolvería por sí misma. Nos referimos á los que conserven la citada condición, que, según la ley de 17 de Noviembre de 1852

sobre extranjería (art. 3.°), pueden ser domiciliados ó transeúntes. El art. 4.° menciona los requisitos para conseguir domicilio, los cuales debemos hoy substituir por los que en este comentario quedan ya explicados. Luego si, según el art. 27 de nuestro Código, los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden á los españoles, salvo lo dispuesto en el artículo 2.° de la Constitución del Estado, ó en tratados internacionales (y estas excepciones no rigen para con los que han de testificar en los testamentos), tendremos que todo extranjero vecino ó domiciliado en España puede ser testigo testamentario, siempre que reúna las demás condiciones que los artículos 681 y 682 exigen.

Como casos de excepción á que se refiere el núm. 3.° del artículo 681, bien examinado el Código en los preceptos que regulan las distintas clases de testamentos, sólo vemos determinadamente establecido uno, ó sea el que se cita en el art. 734, respecto al testamento que los españoles, ante los Agentes diplomáticos ó consulares de España, pueden hacer en el extranjero, para el cual ya se dice que no es necesaria la condición del domicilio en los testigos. En cuanto á los otros casos que algunos autores citan, como el del testamento excepcional militar, ya diremos en su lugar oportuno cuál sea nuestra opinión respecto á la inteligencia que la frase «*testigos idóneos*» merece; lo mismo que con relación á los requisitos de los testigos que intervengan en el testamento hecho en tiempo de epidemia.

En el derecho foral, solamente la legislación navarra exige que los testigos han de ser vecinos del lugar de donde lo sea el testador; y, en caso de no reunirse el número bastante, lo serán del lugar del otorgamiento.

D) Los ciegos y los totalmente sordos ó mudos.—La prohibición del art. 4.° es tan comprensible y lógica, que ninguna legislación, por antigua y atrasada que fuera, podía menos de mencionarla al formular las clases de incapacidad de los testigos testamentarios. La de los ciegos no fué determinada por las leyes de Partida, sin duda por una involuntaria omisión, ó porque, como dice un autor, se exigía imperiosamente que el testigo había de ver y conocer siempre al testador, lo cual no podría cumplir el que careciera del

sentido de la vista. Esta incapacidad está todavía mucho más justificada que la de los sordos ó mudos, por cuanto el sentido de la vista abarca, en la comprensión, mayor número de ideas; de aquí que se diga que los ojos oyen y hablan á su manera.

El ciego, además de no ver la persona del testador y de no poder asegurarse, por tanto, de las condiciones que concurren en las demás que han de firmar ú oir la declaración testamentaria y de las circunstancias de lugar del otorgamiento, etc., etc., habría de firmar el testamento en los casos correspondientes; y, por muy aguzados que tuviera sus otros sentidos, difícil, si no imposible, le sería cerciorarse de si el papel que le ponen para firmar es realmente el que contiene la disposición testamentaria de que se trata, ó un simple papel en blanco. Más discutible sería esta doctrina si se admitiera el testamento otorgado por un ciego, según el sistema de invención, ya hoy generalizado, de escribir mediante punzón en papel ó cartulina *ad hoc*, como acostumbran actualmente muchos ciegos á comunicarse sus ideas por escrito. Las manifestaciones de última hora expresadas en dicha forma podrían ser autorizadas por un testigo ciego, á su vez, que estuviera iniciado en las reglas de dicha escritura, sin más temor á las inseguridades del testimonio que el que puede inspirar persona física y legalmente capaz para testificar. Pero siempre faltaría el conocimiento del testador que de ciencia propia y por sí mismo habría de tener el testigo ciego, en los casos en que todos los testigos han de prestar dicho conocimiento.

La incapacidad del sordo y del mudo, aun dadas estas cualidades totalmente, y teniendo en cuenta los adelantos modernos para remediar ó dar relativo consuelo á tan sensibles desgracias, no debía de expresarse tan radical y absolutamente como resulta de las aplicaciones en las distintas formas de testamento. Aun el sordo mudo más completo, con el sentido de la vista perfecto, puede cerciorarse de la identidad de la persona del testador, y, sabiendo leer y escribir y tratándose de testamentos escritos (que éstos serían siempre los dos requisitos fundamentales que forzosamente habría que imponer, si se admitiera el testimonio condicional del sordo y del mudo) por medio de signos, llegar á entender de qué se trataba y á qué se reducía únicamente su misión en aquel caso, para que estampara su firma al final del testamento ó en el sobre en que éste estuviera contenido,

con conocimiento completo de causa. Cuando, por tal motivo, tuviera que comparecer ante los Tribunales á ratificar ó comprobar su intervención en el testamento, nunca sería trabajo de titanes ni tarea inaccesible á los Jueces el que éstos preguntaran á dichos desgraciados lo que fuera pertinente en cada caso litigioso, ó que se valieran de intérpretes, que hoy existen con carácter oficial, en algunas localidades. Los jurisconsultos franceses Marcadé y Grenier opinan que deben admitirse los sordos y mudos como testigos en los testamentos, cuando sepan escribir, toda vez que pueden explicar por signos su pensamiento.

Como dice un autor italiano, ya citado en el presente comentario, no hay que confundir un ciego con un miope ó con otro que vea menos distintamente.

Establecer el grado de defecto de la vista que haya de equipararse á la ceguera, será cuestión de hecho y no de derecho, para establecer la aptitud del testigo instrumental. Lo mismo puede decirse del sordo y del mudo, que no han de confundirse con el que oiga mal, ni con el balbuciente; siendo también cuestión de hecho, que en su caso apreciarían los Tribunales, la determinación de la insuficiencia del oído y de la palabra en cuanto al expresado particular.

Nuestra jurisprudencia tiene formuladas declaraciones en igual sentido que el que indican las precedentes observaciones, pues la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1864 expresa que no se entiende por sordo, en el sentido de la ley recopilada (y de nuestro art. 681, núm. 4.°, según fácilmente se comprenderá) el que oye, por más que sea necesario hablarle en tono más alto de lo ordinario, sino el que carece de la facultad de oir; por consiguiente, no es inhábil para testigo de testamento el que tal defecto tenga, mucho más si manifiesta claramente estar enterado de la voluntad del testador, expresando que le oyó. Y otra sentencia de 6 de Diciembre de 1867, aplicable al Derecho catalán, declara que sólo se tiene por mudo al que no puede hablar absolutamente nada.

Aunque no lo diga el núm. 4.° del art. 681, desgraciadamente la realidad ofrece, no sólo sordos y mudos, sino también sordomudos, es decir, reunidos los dos defectos en una sola persona; y para tal caso, es natural que rijan las propias consideraciones legales expuestas.

E) Los que no entiendan el idioma del testador.—La quinta prohibición que comprende el art. 681 es la relativa á las personas que no entiendan el idioma del testador, la cual regirá principalmente tratándose de los testamentos abiertos; porque si los testigos dan á entender, con la firma que ponen al pie del documento testamentario, que han oído redactarlo tal cual se halla escrito ó le han oído leer al testador, que lo traía ya redactado, natural y lógico es que conozcan el valor y alcance de las expresiones empleadas al efecto. En los testamentos hechos de palabra tal consideración sube de punto. En los testamentos cerrados la necesidad de que los testigos comprendan la lengua del testador se funda en que se les ha de dar lectura ó han de leer por sí mismos la breve acta que se extiende en el sobre que contiene la disposición testamentaria; y han de firmar, dando fe de que han entendido y comprendido el significado y objeto de lo que dicha acta expresa. Por esto el Código portugués (art. 1.966, núm. 5.°) dice que no pueden ser testigos los que no entiendan el idioma en que se escribiese el testamento, siendo público, ó el auto de aprobación siendo cerrado.

Un decreto de la Corte de Metz de 30 de Abril de 1835, que cita Rogron, expone, entre otras consideraciones, la de que los testigos que no conozcan la lengua en la cual esté redactado un testamento, no podrán dar fe de las formalidades exteriores de la lectura y de la escritura de ese testamento, porque los Notarios, á su capricho, podrían redactar y leer otro documento: y aunque los artículos 975 y 980 del Código francés no exigen que los testigos conozcan el idioma en el cual el testamento esté dictado, nada indica esto, porque dichos artículos, que no han estatuído más que sobre capacidades civiles, no excluyeron los sordo-mudos, los ciegos, que sin embargo, están incapacitados para servir de testigos.

La ley notarial italiana, en sus artículos 45 y 46, no considera necesario que todos los testigos conozcan la lengua en que está redactado el testamento, ya se reciba éste por Notario que entienda aquélla, ó por el que la ignore, y precise, por tanto, de la intervención de intérprete jurado. Mas esa forma de resolver la dificultad implica la derogación de los preceptos legales que requieren determinado número de testigos en cada clase de testamentos; porque aquellas dos ó una persona que comprendan el

idioma del testador serán las que presten un testimonio verdad, y por consiguiente, los únicos testigos que realmente, y cumpliendo cual se debe su misión, intervienen en esa disposición testamentaria.

La posibilidad de aplicación del precepto que explicamos puede darse en nuestra misma patria, entre personas de territorio foral ó común, principalmente entre vizcaínos, guipuzcoanos, catalanes, valencianos y mallorquines, con los demás españoles y entre sí mismos.

No creemos que deba exigirse un conocimiento perfecto del idioma del testador; pareciéndonos suficiente que el testigo, ante su conciencia y á los ojos del testador, Notario y demás compañeros suyos, llegue á adquirir el concepto y alcance de las declaraciones que ha de oir, suscribir ó certificar del pliego que las contiene.

F) Los que no estén en su sano juicio.—Poco tenemos que decir en cuanto á la causa de incapacidad que lleva el núm. 6.° del artículo 681. Hemos expuesto ya con alguna extensión, al comentar el apartado segundo del art. 633, que trata de los que no gozan de testamentifacción activa por no hallarse en su sano juicio, todas las referencias técnicas y legales que aclaran lo concerniente á la personalidad jurídica del loco, demente ó imbécil, y hemos explicado y comprobado el alcance que tiene la frase general empleada por el Código, sin que sea preciso que volvamos en estos momentos sobre ideas que serían una repetición de las ya expuestas, por ser muy análogas las materias que allí y aquí se estudian.

Huelgan asimismo las referencias históricas relativas á la incapacidad del loco para ser testigo en cualquier acto y de cualquier naturaleza. Es fácil adivinar que la legislación más primitiva, y si no el sentido común ó moral de los pueblos, forzosamente había de rechazar el testimonio de quien no puede regir su persona ni sus bienes, para que le fuera factible intervenir en los negocios de otra.

La diferencia de apreciaciones podrá existir al determinar si la incapacidad debe de ser absoluta para todos los momentos de la vida del loco, ó pueden reconocerse algunos instantes du-

rante los cuales aquél recupere la normalidad de sus funciones psíquicas, y por tanto, la aptitud para el goce de toda clase de derechos civiles.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 1859 declara que la capacidad mental de los testigos que asisten á un testamento otorgado ante Escribano con las solemnidades legales, se presume de derecho mientras no se pruebe lo contrario, debiendo de estarse á la apreciación que de las pruebas haya hecho la Sala sentenciadora.

Aun cuando reconozcamos que en muchos casos se distinguen perfectamente dos momentos distintos en que la capacidad del testigo puede concretarse, cuales son el del otorgamiento del testamento y el en que han de prestar la confirmación de su testimonio ante la autoridad judicial, cuando tal trámite esté ordenado, no podemos en modo alguno hallarnos conformes con la opinión emitida por el tratadista Sr. Navarro Amandi, según el cual, habiendo concedido expresamente el proyecto de Código de 1851 la facultad de ser testigos á los locos en los intervalos lúcidos, y callando sobre este particular nuestro Código, claramente ha dado á entender el legislador el peligro de semejante permiso, porque para toda clase de incapacidades y capacidades rige en absoluto el precepto del art. 683, que luego examinaremos, y según el cual, para que un testigo sea declarado inhábil es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento. Para nada se refiere al tiempo en que el testamento va á elevarse á escritura pública ó va á ser abierto; y donde la disposición legal no distingue no nos es lícito á nosotros distinguir. Si, pues, al testigo se le admite en los testamentos por razón del estado moral é intelectual al otorgarse aquéllos, sin pensar en cuál ha de ser su condición futura sobre el particular, es deducción perfectamente lógica la de que los momentos de lucidez en el loco que haya de ser testigo testamentario, han de ser tan admitidos, por excepción de la incapacidad sentada en principio general por el núm. 6.° del art. 681, como tratándose del que también durante dichos momentos excepcionalmente goza de la testamentifacción activa y otorga su testamento con sujeción á reglas asimismo de índole excepcional.

A ese mismo motivo, retratado perfectamente en el mencionado art. 683, obedece el que por el 681, núm. 6.°, no se tuviera

en cuenta el aditamento consignado en la ley de Partida, al fijar la incapacidad de los locos *mientra que estouieren en la locura*, y que ya previó el Fuero Juzgo al decir que si *en alguna hora tuvieren sanidad (los ninnos é los vieios) debe ser válido lo que hicieren en tal tiempo.*

G) Los que hayan sido condenados por delitos de falsedad y los penados por interdicción civil.—El catálogo de delitos cuya comisión producía la incapacidad para ser testigo en los testamentos, ha sido extraordinariamente reducido por el núm. 7.° del art. 681 de nuestro Código, modificándose además notoriamente el criterio de los legisladores respecto á la clase ó índole de acciones punibles que deben engendrar dicha incapacidad. El Derecho romano prohibía ser testigos testamentarios á los condenados por libelos infamatorios, por concusión, por adulterio, por apostasía y por herejía (§ *inicial de la ley 21 y 15, tít. V, libro XXII del Digesto: ley 14 del mismo título, y libro y ley 3, tít. VII, y 4.ª, título V, libro I del Código).* El *Fuero Real,* en la ley anotada en los *Precedentes legales,* consideraba incapaces al homicida, al traidor, al alevoso, al excomulgado, al hereje, al ladrón, al hombre que anda fuera de su orden sin licencia de su superior, al que da yerbas á otro por hacerle mal, al robador conocido, al que dijo falso testimonio, al falso de cualquier falsedad, al perjurado, al adivino, al sortero ó á los que van á él, al alcahuete conocido y al que anda en semenjanza de mujer. Las *Partidas* impedían testificar en testamento á los condenados por malas cántigas ó por infamadores, por razón de algún maleficio que hicieren, por hurto, por homicidio ó yerro semejante y por dejar la fe de cristianos, convirtiéndose á la religión de los moros ó de los judíos, aunque después volviesen á nuestra fe, ó sea apóstata. En el Derecho anterior al Código civil, y en fecha todavía relativamente reciente, regían algunas incapacidades, porque las sentencias de 11 de Febrero de 1860 y 2 de Marzo de 1861 dan á entender la incapacidad de los condenados por motivos de religión, que se hacen moros ó judíos, pero no los protestantes. El art. 120 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 empezó ya á concretar la incapacidad del testigo que hubiese sido condenado por falso testimonio; así lo declaró también el proyecto de 1851.

Algunos Códigos extranjeros establecen la incapacidad con relación á todos los casos en que así se haya declarado en la sentencia (Códigos portugués, art. 1.966, núm. 7.°, y del Uruguay, 771, núm. 7.°); otros, como el de Chile, extienden la incapacidad, además de ese caso general citado, á los que hubieren sido condenados á la pena de exposición á la vergüenza pública ó á la de cuatro años de reclusión ó presidio ú otra de igual ó mayor gravedad; y no faltan algunos, como los de Méjico, Guatemala y Colombia (artículos 3.758, 793 y 1.068 respectivamente, que declaren incapaces en tal sentido á los que hayan sido condenados por delitos de falsedad. Éstos ya se aproximan más, en nuestro concepto, al verdadero criterio que debe presidir en la materia que examinamos.

Nuestro Código se halla dentro del justo límite, al circunscribir las incapacidades por razón de delito á las que nazcan de los de falsificación en documentos públicos y privados y del falso testimonio, además de los que produzcan como consecuencia la pena de interdicción civil. En efecto, ¿qué es lo que se exige del que va á testificar en testamento? Que sea veraz, que mantenga con fidelidad y conciencia, como verdad real y legal, lo que haya dicho el testador ó consignado en el documento testamentario suscrito por el testigo y demás cofedatarios; que su firma ó presencia en el acto, en una palabra, represente la certeza y exactitud de las últimas declaraciones, que han de producir efecto transcendental después de la muerte del que las expresa. Pues dichas veracidad y fidelidad debe suponerse que no son muy de esperar en el que haya faltado ya á la verdad en otros documentos de índole pública ó privada; y el testamento puede ser documento público, según la definición del art. 1.216 del Código, cuando en él conste la intervención de Notario; y privado cuando esto no ocurra y se otorgue, por el contrario, en forma ológrafa, en tiempo de epidemia, *in articulo mortis,* entre militares y marinos y, en general, cuando las circunstancias tienen que admitir como suficiente la presencia de determinado número de testigos solamente.

El que cometió delito de falso testimonio da asimismo á sospechar muy fundadamente que no prestará un *testimonio verdadero* cuando ante los Tribunales sea llamado á dar fe en conciencia de lo que verbalmente oyó decir al testador en los últi-

mos momentos de su vida, ó á confirmar la declaración escrita que suscribió antes con su firma. Procediendo bajo tales consideraciones lógicas, no puede exactamente decirse que el ladrón, el homicida, el violador, el calumniador, etc., sean sospechosos de faltar á la verdad sólo por el hecho de haber cometido tales transgresiones penadas severamente en otro sentido por el Código sancionador vigente. Así como éste tiende á individualizar, aunque no todo lo debido en justicia y por indudables razones de conveniencia social, los efectos de la pena, así en ocasiones debe individualizar, y de hecho individualiza en algunos casos, los efectos de los delitos. El ladrón podrá temerse que vuelva á robar, el homicida á herir; pero no parece suposición tan corriente la de que haya de temerse que falseen la verdad de lo que declaren por escrito ó de palabra.

Las excepciones que de esta regla pueden seguirse, como fundadas en la realidad, no deben servir de base á un principio jurídico de carácter general, ni para convertir en más odiosa una restricción á la capacidad de Derecho de determinadas personas.

Ya hemos dicho que algunos Códigos extranjeros no van descaminados al comprender todos los delitos de falsedad en general, como causas de la incapacidad referida; porque de falsear ideas se trata, y lo que se quiere evitar es la falsificación de la verdad de lo que se consignó oportunamente en el testamento. Pero nuestro legislador, con mayor benignidad y acierto, en nuestra opinión, no quiso extender lo odioso de la excepción á casos como los de falsificación de la firma ó estampilla Real, firma de los Ministros, sellos y marcas, falsificación de moneda, de billetes de Banco, documentos de crédito, papel sellado, sellos de telégrafos, correos y demás efectos timbrados, cuya expedición esté reservada al Estado, ocultación fraudulenta de bienes ó industria, acusación y denuncias falsas, falsificación de cédulas y uso indebido de nombres, trajes, insignias y condecoraciones; que son, con los citados por el núm. 7.° de nuestro art. 681, las distintas formas de falsedad previstas por el Código penal; porque en las citadas primeramente el *mudamiento de verdad,* recae sobre objetos no análogos al testamento. El legislador ha incapacitado á los que ya hubiesen incurrido en la misma falta equivalente á la falsificación de un testamento: Constando éste ó en documento público ó en privado, ó habiéndose otorgado de palabra, las for-

mas de delinquir en estas circunstancias serán siempre las de falsificación de documento público ó privado ó el falso testimonio.

Además, hay la consideración potísima de que la mayor parte de esos delitos, que el legislador excluye del núm. 7.° del art. 681, sobre todo en las formas de mayor gravedad que pueden revestir, se castigan con las penas de cadena perpetua ó temporal, las cuales, según los artículos 54 y 57 del Código penal, números 2.° y 1.° respectivamente de los mismos, llevan consigo, como pena accesoria, la interdicción civil, que produce también, como sabemos, la incapacidad para ser testigo testamentario. De modo que, por uno ú otro lado, ha señalado el legislador la sanción en el orden civil de infracciones graves, que consistan en falsificaciones castigadas severamente por la ley penal.

Se comete delito de falsificación de documentos públicos, según los artículos 314 á 317 del Código penal, contrahaciendo ó fingiendo letra, firma ó rúbrica, suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, atribuyendo á las que han intervenido en él declaraciones ó manifestaciones diferentes de las que hubiesen hecho, faltando á la verdad en la narración de los hechos, alterando las fechas verdaderas, haciendo en documento verdadero cualquiera alteración ó intercalación que varíe su sentido, dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto ó manifestando en ella cosa contraria ó diferente de la que contenga el verdadero original, intercalando cualquiera escritura en un protocolo, registro ó libro oficial, presentando ó usando en juicio á sabiendas, con intención de lucro un documento falsificado en las expresadas formas y suponiendo ó falsificando un despacho telegráfico ó haciendo uso de él con intención de lucro ó deseo de perjudicar á otro. Estos delitos lo mismo puede cometerlos un funcionario público que un particular. La falsificación en documento privado se realiza por los mismos medios expresados, según los artículos 318 y 319 del citado Código; entendiéndose por documento privado aquel en que no interviene Notario ó empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley.

El delito de falso testimonio, que no define el art. 332 del Código penal, puede cometerse adulterando clara y directamente la verdad, ya en favor ó en contra del reo, ya en causa criminal ó ya en pleito civil, haya ó no comenzado á extinguir su condena

aquél; por peritos ó testigos, también, cuando sin faltar sustancialmente á la verdad, se alterase con reticencias ó inexactitudes ó presentando á sabiendas testigos ó documentos falsos en juicio.

La interdicción civil, según el art. 43 del repetido Código, es la que priva al penado, mientras la estuviere sufriendo, de los derechos de patria potestad, tutela, participación en el consejo de familia, de la autoridad marital, de la administración de bienes y del derecho de disponer de los propios por actos entre vivos, á no ser en los casos en que la ley limite determinadamente sus efectos.

Ni el Código penal, ni la ley de 18 de Junio de 1870 que regula los efectos jurídicos de la interdicción civil, han citado la incapacidad del que está á ella sujeto para ser testigo en los testamentos; restricción es ésta que precisa añadir á las ya enumeradas y que está fundada, no como algún autor cree, en que el penado y en entredicho civil esté imposibilitado materialmente para comparecer á la presencia del testador, porque entonces la incapacidad se extendería á todo el que se hallare en prisión, fuese ésta provisional ó definitiva, ó se encontrare en cualquier otra forma recluído ó detenido, sino en que el legislador conceptúa que la gravedad de los delitos que llevan entre las penas principales á ellos señaladas, como accesoria, la de interdicción civil, exige alguna otra mayor sanción, ó que, por otro lado, se equipara la transcendencia é índole de la testificación en el testamento á la naturaleza de las facultades de administración de bienes y derecho de disponer de los propios entre vivos, ó de pertenecer al consejo de familia; actos prohibidos al condenado á interdicción civil.

No es de creer que pase desapercibida á los lectores la diferencia que se observa en la redacción del apartado del art. 681, que examinamos, al referirse á los delitos de falsificación y al mencionar lo relativo á la interdicción civil. En el primer caso dice «*condena por delito*»; en el segundo, «*á los que estén sufriendo pena de interdicción civil*». Nos parece que esta diversidad de palabras, aunque implica diferencia de conceptos, no responde genuinamente al sentir del legislador. No hay razón ninguna lógica para establecer esta distinción, y preferimos creer que sólo es una redacción viciosa, la que ha dado margen á que algunos opinen

que el condenado á la pena accesoria de interdicción civil puede ser testigo testamentario, aunque la sentencia de su condena sea firme, si no ha comenzado á cumplirla, y á la inversa, los condenados por delitos de falsificación ó falso testimonio quedan incursos en la incapacidad á que nos venimos refiriendo aun no habiendo empezado á cumplir la condena.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Junio de 1873 expresa que no puede confundirse la interdicción judicial, que declara la incapacidad para ejercer los actos civiles, y por consiguiente, para administrar y disponer de los bienes, con el embargo é intervención constituidos en éstos por alguna responsabilidad que afecte á su poseedor, el cual puede desde luego disponer de ellos cuando ha cumplido con las obligaciones que dieron lugar á la intervención.

No mostramos, en manera alguna, nuestra conformidad con la doctrina mantenida por el muy ilustrado tratadista Sr. Sánchez Román en sus *Estudios de Derecho civil* (última edición, tomo II, pág. 275), al sostener que no es preciso, puesto que el Código no lo dice, que la condena (á que el núm. 7.° del artículo 681 se refiere) sea ya ejecutoria, por proceder de sentencia firme, bastando que se haya pronunciado un fallo condenatorio, aunque esté pendiente el recurso de casación, que si bien pudiera prosperar y ser absuelto el procesado, mientras esto no suceda, el hecho de una condena por esta clase de delitos parece motivo racional suficiente para dudar de la fidedignidad del que se halle en tales condiciones.

Estas afirmaciones, salvo todos los respetos que nos merece la autoridad indiscutible citada, pugnan con doctrinas rudimentarias de Derecho procesal; además de que el Tribunal Supremo tiene ya expuesto su obligatorio parecer en algún caso con referencia al Derecho anteriormente vigente, porque en la sentencia de 11 de Febrero de 1860 ha declarado que para reputar á alguno incapacitado de ser testigo en un testamento por haber cometido el delito de violación, es necesario que la tacha conste por sentencia ejecutoria; criterio que ningún fundamento racional ni legal puede hacer inaplicable al Derecho introducido por el Código civil.

Además, es noción ya muy sabida la de que ningún efecto definitivo produce una sentencia en el orden civil y mucho más en

el criminal, si no tiene los caracteres de firme, ya por no haber transcurrido el plazo señalado al efecto por la respectiva ley de Enjuiciamiento, ó ya por estar pendiente de un recurso de aclaración, casación ó cualquier otro pertinente. Y cuando el precepto que comentamos no expresa más que el hecho de la condena, como dice el Sr. Sánchez Román, es lógico y legal entender que se refiere á condena firme; porque multitud de disposiciones del Derecho civil, penal, político, etc., y de las leyes adjetivas hablan de penas impuestas, de efectos consiguientes á la comisión y castigo de un delito, y sin necesidad de aclarar el concepto, añadiendo *penas impuestas por fallo ejecutorio, por sentencia firme,* todos han sobreentendido esto último, interpretando la declaración del legislador según elementales reglas de hermenéutica jurídica. No basta, no, la idea de la sospecha que implica un fallo condenatorio contra el por entonces supuesto autor de una falsificación ó de un falso testimonio, para incapacitarle como testigo testamentario. Esa sospecha bien puede desvanecerla con su superior criterio, ó con el carácter de relativa infalibilidad que la ley da á sus resoluciones, el Tribunal Supremo; y sólo lo que éste acuerde, según el organismo procesal vigente, será la verdad legal que buscamos; y también el hecho supletorio de la conformidad de los contendientes en el litigio criminal con el fallo del Tribunal inferior. ¿Se atrevería el señor Sánchez Román á sostener la destitución en el cargo de tutor ó la privación de la patria potestad de las personas castigadas por una Audiencia provincial con pena de cadena perpetua ó temporal, según sentencia contra la que se hubiere interpuesto en tiempo y forma el oportuno recurso de casación por quebrantamiento de reglas procesales, por infracción de ley ó por ambos motivos á la vez? No lo conceptuamos posible en inteligencia tan adornada de dotes de cultura, discreción y sentido jurídico muy sano para examinar los más abstrusos problemas legales. Dará lugar, á veces, á inconvenientes y consecuencias deplorables la práctica del parecer que juzgamos más exacto; pero mientras otro no lo sustituya en el Derecho procesal vigente, la sentencia que no sea firme es de ningún valor y efecto definitivos, y no puede, en modo alguno, producir la inhabilitación para testificar en los testamentos de las personas sospechosas de haber falsificado documentos públicos ó privados ó cometido falso testimonio.

Una última y no menos grave cuestión. El indulto, ¿anulará en el caso que estudiamos los efectos de la sentencia condenatoria firme? Aunque la contestación no parece tan sencilla y corriente, nosotros nos inclinamos á la negativa; y fundamos ésta en argumentos de analogía, por lo que el Código penal y la ley especial resuelven con motivo de la aplicación de penas accesorias, después de haber remitido la principal el indulto. En efecto: el primero, en sus artículos 53 á 56, dispone que las penas de muerte, cadena, reclusión y relegación perpetuas llevarán consigo la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua, si ésta no se hubiera remitido también especialmente al concederse el indulto. Y el art. 6.º de la ley de 18 de Junio de 1870, estableciendo reglas para la concesión de la gracia de indulto, expresa que el perdón de la pena principal llevará consigo el de las accesorias que con ella se hubiesen impuesto al penado, á excepción de las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción á la vigilancia de la autoridad (pena ésta no vigente hoy), las cuales no se tendrán por comprendidas si de ellas no se hubiere hecho mención especial en la concesión; tampoco se comprenderá en ésta la indemnización civil. Y una de las condiciones tácitas de todo indulto, según el art. 15 de dicha ley, es que no cause perjuicio á tercera persona ó no lastime sus derechos.

Si, pues, hay concesiones exceptuadas del indulto, y si el artículo 46 del Código penal terminantemente declara que la gracia no producirá la rehabilitación para el ejercicio de los cargos públicos y el derecho de sufragio, á no ser que en el indulto se concediese especialmente aquélla, muy lógico y legal nos parece extender esta doctrina á esa otra especie de pena accesoria también que se refiere á la incapacidad para ser testigo en los testamentos. La rehabilitación en este cargo del indultado de la pena principal, produciría, por otra parte, perjuicio á tercera persona, al testador, por cuanto se le privaba del derecho de rechazar el testimonio de la persona calificada solemnemente por los Tribunales, y según la santidad de la cosa juzgada, de falsificadora ó de testigo falso, si se diera el caso de que dicho testador no pudiera elegir libremente los testigos que certificasen de su última voluntad.

El indulto es además una gracia, una facultad de misericordia, perdón y benevolencia, otorgada en las Constituciones polí-

ticas modernas, al Poder moderador, al Rey entre nosotros. Supone, pues, en cada caso la derogación de una ley. Debe ser, por tanto, concedido con restricciones, y ser objeto de interpretación discreta y prudente las leyes que lo regulan. Ya lo dan éstas así á entender, según claramente se deduce de los preceptos que antes transcribimos. Por consecuencia de todo lo cual afirmamos que, si de la concesión no resulta expresamente dicho, el indulto no rehabilita al falsificador de documentos públicos y privados, al testigo ó perito falso y al que esté sufriendo la pena de interdicción civil para ser testigo en los testamentos.

No puede decirse otro tanto de la amnistía. Ésta, por su etimología é índole, supone completo olvido, anulación del delito. Como dice el núm. 3.° del art. 132 del Código penal, extingue por completo la pena y todos sus efectos. En algunas leyes concediendo esa gracia, se acostumbra á expresar con mayor energía ese concepto. Así, la ley de amnistía de 20 de Julio de 1891, en su artículo 3.°, declara que las personas amnistiadas quedarán exentas de toda nota, así como de toda responsabilidad por los actos á que se extiende tal gracia. Algunos comentaristas del Código penal llegan á sostener que por la amnistía desaparecen hasta los efectos de la circunstancia agravante de reincidencia ó reiteración, para los ulteriores procesos que tenga la persona amnistiada.

Por consiguiente, aun cuando sean muy raros los casos de concesión de amnistías para delitos de falsificación de documentos públicos ó privados, falso testimonio, y los que llevan como pena accesoria la de interdicción civil, tal gracia rehabilitaría al amnistiado para ser testigo testamentario.

H) Los dependientes, amanuenses, criados ó parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad.—Por último, llegamos ya al final del art. 681, al postrimer caso de incapacidad para ser testigo en los testamentos cuando éstos se otorgan ante Notario competente. Tal caso de incapacidad procede de la ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862 (cuyo artículo 21 queda ya anotado en los *Precedentes legales*), con referencia á toda clase de instrumentos públicos.

Esa incapacidad la encontramos perfectamente justificada y

oportuna, contra el parecer, único que conocemos, de algún anotador del Código. Es á todas luces evidente que siendo el Notario, en el acto del otorgamiento del testamento, un funcionario á quien deben concederse todos los prestigios morales posibles é investírsele de un carácter de imparcialidad por nadie discutido ni siquiera sospechado, los ataques, verosímiles, y por tanto probables, de ese funcionario á la imparcialidad, buena fe y honradez, que son el lema de la institución notarial, seguramente no habrían de evitarlos en aquel caso concreto personas que estuvieran ligadas, por relaciones de dependencia, y más de dependencia retribuída, con el que autorizase el testamento. La profesión notarial es digna de toda veneración, tiene consagrada por la opinión una inmaculada fama y se halla acatada por respeto universal; pero está desempeñada por hombres, y éstos, desgraciadamente, tienen sus flaquezas y claudican á veces en el terreno de la moral, pertenezcan ó no á organismos ó colectividades socialmente impecables. Y contra estas posibles contingencias han de prevenirse las leyes, como lo hacen tratándose de otras profesiones ó clases sociales igualmente respetables. Por algo la misma ley del Notariado inició esta teoría, que también, para circunstancias muy análogas, sancionó la ley vigente de Enjuiciamiento civil en la regla 2.ª del art. 660, considerando causa suficiente para tachar un testigo la de ser socio, dependiente ó criado del que lo presentare al tiempo de prestar su declaración.

El art. 70 del Reglamento general para la organización y régimen del Notariado, de 9 de Noviembre de 1874, define como escribiente ó amanuense—dependiente ó criado, por analogía á lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil—el que presta sus servicios mediante un salario ó retribución y vive en la casa del Notario. La ley procesal entiende, en nuestro concepto con mayor exactitud, por criado al que viva en la casa del litigante y le preste en ella servicios mecánicos mediante un salario fijo, y por dependiente el que preste habitualmente servicios retribuídos al que lo hubiere presentado, aunque no viva en su casa. Porque el Reglamento del Notariado deja fuera de la prohibición legal multitud de personas que viven en casa independiente de la del Notario y perciben de él un salario ó retribución, á veces de importancia, lo cual ocurre con la mayor parte de los que prestan á dicho fun-

cionario el referido servicio de dependientes y amanuenses, y, sin embargo, es natural que guarden consideraciones de respeto y obediencia á quien les paga, y de cuya voluntad depende, por tanto, su subsistencia, lo cual no puede dar á su testimonio el carácter de imparcialidad que es de desear.

El jurisconsulto italiano Grondona llama amanuense ó dependiente al que estable y habitualmente, y no por pura ocasión, está adscrito al estudio del Notario y le presta un trabajo retribuído.

En cuanto al parentesco del Notario, también nuestro artículo 681 (núm. 8.º) va de acuerdo con la ley de 28 de Mayo de 1862, circunstancia que está fundada en los mismos motivos que la de la dependencia ó servicio doméstico. La computación de dicho parentesco se regulará por los artículos 915 á 918 del Código, porque, según el 919, los preceptos que aquéllos comprenden rigen en todas las materias, excepto las que tengan relación con los impedimentos del matrimonio canónico. Así, pues, el Notario no podrá servirse en los testamentos de testigos parientes suyos, comprendidos en la línea recta, desde su padre hasta su tatarabuelo, y hasta su tataranieto, y en la colateral, de su hermano, de su tío, hermano de su padre ó madre, y de su primo carnal. Por razón del parentesco de afinidad, no pueden ser testigos en los testamentos los llamados cuñados, suegros y abuelos políticos del Notario autorizante.

III. *De otras incapacidades para ser testigos en los testamentos abiertos:*

a) Los herederos y legatarios instituidos;

b) Los parientes de los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad.—El art. 682, que declara la incapacidad de los herederos y legatarios para ser testigos en los testamentos en que hubieren sido instituídos, traduce exactamente la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Abril de 1865, según la cual, las prohibiciones de la *ley 11, tít. I, Partida 6.ª*, suponen que los testigos lo hayan sido de las instituciones y de las otras disposiciones del testamento, conociéndolas, por consiguiente, y siendo sabedores de ella, por lo cual no son aplicables á los testamentos cerrados, cuyo otorgamiento constituye un acto separado independiente de su confección.

En efecto: el Derecho romano ya estableció que ni el heredero instituído, ni el que está en su potestad, ni el jefe de su familia, ni los hermanos que están en potestad del mismo padre, pueden ser empleados como testigos, porque el testamento se considera como un acto que pasa absolutamente entre el testador y el heredero (§ *10, tít. X, libro II de las Instituciones* de Justiniano). Prohibiciones muy análogas á las de nuestro art. 682 establecieron el *Fuero Real* y las *Partidas,* según puede verse en las leyes anotadas en los *Precedentes legales.* Pero en ninguna de esas disposiciones se tuvo en cuenta, ni se previó por el legislador, que esas limitaciones á la capacidad testifical eran de imposible aplicación en la práctica, tratándose de testamentos cerrados, cuyo contenido, por lo tanto, se ignora, sin que, por lo mismo, pueda saberse quiénes son los herederos y legatarios instituídos, para determinar en consecuencia los parientes de aquéllos, cuya incapacidad se tratare de declarar. Por esto también la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Junio de 1860 sostuvo la doctrina de que la *ley 11, tít. 1, Partida 6.ª* citada no declara la incapacidad para ser testigos de ciertos y determinados parientes del heredero, en el testamento en que se hace la institución, sino en cuanto hayan de serlo de ésta, lo cual no puede verificarse en el testamento cerrado, por ser un secreto su contenido.

El Emperador Justiniano, en el § *11, título y libro citados de sus Instituciones,* no negó la facultad de ser testigos á los legatarios y fideicomisarios, porque no son sucesores en todos los derechos del difunto, como tampoco á las demás personas con quien están unidos; por el contrario, se la concede expresamente, y con mayor razón, á aquellos que están ó que los tienen en su potestad.

Tampoco la legislación del Rey Sabio puso tal impedimento á los legatarios, sobre todo cuando se moviera pleito entre los herederos y los parientes del difunto.

Nosotros, á pesar de tales precedentes, aprobamos sin reservas la disposición del art. 682, no sólo en cuanto á la incapacidad de los herederos y sus parientes, sino también de los legatarios y los suyos. Es preciso rodear el acto del testamento de toda la seriedad, imparcialidad y confianza posibles, para que momento tan transcendental en la vida del hombre no quede á merced de testimonios cuya veracidad pueda por el más escrupuloso ponerse ni siquiera en duda. Y si en la ley procesal y en otras que re-

gulan la intervención de testigos en cualquier acto, se inhabilita al que tiene interés directo ó indirecto en el pleito, ú otro semejante, y por ser amigo íntimo ó enemigo manifiesto de uno de los litigantes, imagínese si no pueden, por regla general, reunir dichos motivos de parcialidad, no sólo los herederos y legatarios que han de desear, unos por otros, que prevalezca el testamento en su totalidad, siempre que les favorezca, siendo jueces y partes en un asunto que tan directamente les atañe, sino sus parientes dentro de determinado límite, que han de interesarse, según supuesto lógico y más corriente, en no perjudicar á los que están unidos á ellos por próximos vínculos de la sangre. Y ese límite está bien tomado del que señalan la ley de Enjuiciamiento civil, en el núm. 1.° del art. 660, al establecer la primera tacha de los testigos, y la ley del Notariado, en el lugar que antes citamos.

Respecto á la manera de computar tal parentesco, téngase presente lo que hemos expuesto en páginas anteriores, para no incurrir en repetición de conceptos.

El propósito del legislador, vislumbrado en el párrafo segundo del art. 682, es indudablemente el de que no se aquilate tanto la capacidad de los testigos cuando hayan de serlo legatarios ó parientes suyos en testamento en que se trasmitan á los mismos derechos hereditarios de escasa cuantía. Sin embargo, alguna vez resultará fallido dicho propósito, si el expresado párrafo se toma al pie de la letra, pues en él se habla de que el legado sea de «*algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia con relación al caudal heditario*». Y es evidente que podrán existir muchos objetos muebles de valor extraordinario ó de estimación importante hasta con relación á dicho caudal; por ejemplo, una alhaja, un caballo, un vestido, una biblioteca, etc. La *cantidad* de que habla el citado párrafo siempre constará claramente fijada en el testamento; pero tratándose del objeto mueble, parece á primera vista que debe prescindirse de toda estimación, pudiendo, por concurrir sólo aquella cualidad, ser testigo quien haya de disfrutar dicho objeto por virtud de la transmisión hereditaria, y en el testamento en que se le haya legado. Esto representaría un absurdo y significaría una contradicción entre las dos mismas ideas de dicho párrafo 2.°, y por eso no debe prevalecer.

Hasta por una construcción gramatical más acertada es posible destruir dichos temores. La frase «*de poca importancia*» puede

calificar indistintamente la anterior palabra «*cantidad*» y el concepto que antecede, «*objeto mueble*», sin tomar éstos aisladamente, ni refiriendo aquella primera circunstancia solamente á la «*cantidad*». De esa forma, el precepto de que tratamos debe leerse, diciendo que no están comprendidos en la prohibición anteriormente expresada los legatarios y sus parientes, cuando el legado sea de algún objeto mueble de poca importancia ó suma de escasa cuantía con relación al caudal hereditario. Para evitar esta redundancia es por lo que, sin duda, se redactó algo confusamente el párrafo 2.° del art. 682.

Nosotros sostenemos más. Creemos que en ese párrafo están asimismo incluídos virtualmente los objetos inmuebles; porque lo esencial, repetimos, de tal disposición es que la cosa legada comprenda una estimación reducida, comparada con el importe de la herencia. Y no había de darse el contrasentido de que en una que estuviera valuada en dos millones de duros, por ejemplo, pudiera ser testigo el legatario de una sortija apreciada en mil pesetas y no pudiera serlo en ese mismo testamento la persona á quien se le donara un terreno ó edificio tasado en cuatrocientos reales. La cualidad de bien inmueble no es de suponer que exija, por ese solo hecho, mayores solemnidades ó escrúpulos legales, para que el legatario de una cosa raíz deje como testigo testamentario, de estar sometido á la regla general. Si, pues, al cumplir la disposición que examinamos es preciso estimar el valor de la cosa para comparar éste con el del haber hereditario, la cantidad en que se valúe el objeto inmueble será la que habrá de tenerse en cuenta, y no la condición jurídica de las cosas que constituyen el legado. De esta suerte se armoniza en todas sus partes el espíritu del precepto legislativo y se le da la interpretación que más racional y lógicamente merece. En la próxima revisión del Código, sin embargo, convendría que aquél se redactara en forma más comprensible y menos expuesta á discusiones y diferencias.

El que ha de graduar la poca importancia del legado en relación con el caudal de la herencia, ha de ser, como no puede menos, el Notario, verdadero juez ó director de funciones y de la acertada concurrencia de solemnidades en el acto de otorgarse el testamento, y además responsable estrictamente con arreglo á los artículos 705 y 715 del Código (según se adopte en el testa-

mento la forma abierta ó la forma cerrada) de los daños y perjuicios que sobrevengan á los interesados, y hasta en su caso de las consiguientes consecuencias en el orden penal, por la declaración de nulidad de la disposición testamentaria en que no se hayan observado las formalidades establecidas en la respectiva sección, por malicia, negligencia ó ignorancia inexcusables.

Obsérvese, por lo que llevamos examinado, que entre las incompatibilidades para ser testigos en los testamentos con relación á determinadas personas, ninguna existe respecto del testador. El parentesco ha de ser con el Notario, con el heredero y con el legatario; la dependencia y servicio doméstico con el primero exclusivamente. A pesar de ser el testador la figura principal del testamento, el protagonista en acto tan solemne, importa poco que sus parientes, no siendo, como es natural, de los llamados forzosamente por la ley á heredarle, sirvan de testimonio de las declaraciones testamentarias. Y esto consiste en que como el testador goza de omnímoda facultad para establecer sus últimas disposiciones dentro de su familia y con relación á los extraños, sin más restricciones que las comunes á todo el que testa, en ocasión tan augusta para él, ha de mostrar el mayor interés, mirando por la salvación de su alma y escuchando los impulsos de su conciencia, en que su postrera voluntad, escrita ó hablada, sea efectivamente el eco fiel y exacto de sus meditados pensamientos. ¿Qué puede temerse de los parientes próximos del testador, cuando sirvan á éste de testigos? ¿Seducciones en uno ú otro sentido? Pues esas también pueden ejercerlas amigos íntimos de dicho testador, personas que tengan sobre él reconocido ascendiente de influencia, respeto, agradecimiento, etc. Y en todo caso, doctrina legal terminante es la de que el testamento otorgado por intimidación ú otra clase de violencia, es nulo. La institución testamentaria es, por regla general, institución de liberalidad; es una donación *mortis causa,* como ya tenemos dicho; al donante no deben imponérsele más trabas ni restricciones que las que ya fijan las leyes respecto á la cuantía de lo donado á sus parientes y á extraños. Tratándose de herederos y legatarios, que perciben la utilidad de la donación, será impropio y hasta poco delicado que les acompañen en el acto de formalizarse aquélla, que debe aumentar su peculio y sus derechos, quienes á esas personas estén unidos por parentesco inmediato: Lo propio que

decimos respecto del Notario, que, aunque interventor desinteresado en el testamento, tiene que formular juicios y dictar en aquel mismo momento verdaderos acuerdos, hasta cierto punto obligatorios, bajo responsabilidad futura de lo que entonces haga; juicios y acuerdos cuya ejecución no debe estar autorizada por testigos poseedores de fundada tacha legal para otros casos de muy análoga índole, y hasta en ocasiones, de mucha menor transcendencia.

Por lo dicho, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Enero de 1860 declara que es válido el testamento aunque alguno de los testigos sea criado del testador. Al contrario de lo que por algunos pudiera suponerse, de desear sería que los parientes del testador que no fueran sus herederos ó legatarios, ni aquellos á los que comprendiera alguna de las incapacidades ó incompatibilidades de los artículos 681 y 682, intervinieran exclusivamente en la mayor parte de los testamentos de sus ascendientes, de sus descendientes, colaterales ó afines; porque, asegurados de no corresponderles legalmente participación alguna hereditaria, el cariño que por naturaleza les inspira el testador, habría de evitar maquinaciones ó juegos insidiosos que tendieran á la adulteración de la última voluntad de aquél.

De algunas causas de incapacidad ya abolidas.—Con lo dicho quedan enumeradas todas las causas que inhabilitan para ser testigo testamentario. Dejan, pues, de regir desde la publicación del Código otras muchas, algunas ya caídas en desuso por motivos políticos, sociales, de religión, etc., que solamente podrán tomarse en cuenta para los testamentos otorgados con anterioridad á dicha publicación. Son tales prohibiciones las de los condenados por malas cántigas ó dictados (que serían hoy los penados por los delitos de injuria y calumnia), por hurto, homicidio ó por otro daño semejante á éstos ó más grave, y las de los que abandonan la religión cristiana, los apóstatas, los esclavos y los pródigos.

***

Como consideraciones generales, igualmente aplicables á los diversos motivos de incapacidad, es preciso observar, según doctrina establecida é igualmente oportuna hoy, que exigiendo la ley, como solemnidad para la validez de los testamentos, la intervención de los testigos en el número que la misma prescribe, no pueden contarse para este efecto los que carezcan de la aptitud legal necesaria (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 1862). Si resulta que, aun excluído uno de los testigos presenciales del otorgamiento de un testamento, tachado por el recurrente, es un hecho admitido por ambas partes que han asistido á dicho acto, elevado ya á escritura pública, otros cinco testigos, respecto de cuya capacidad y aptitud no se opone ninguna tacha fundada en la ley ó doctrina legal, al declararse la validez de dicho testamento no se infringe principio alguno de Derecho ni de ley (sentencia de 27 de Octubre de 1877). Por tanto, lo esencial es que concurran á presenciar el testamento el número de testigos hábiles exigidos en cada caso, aunque existan algunos más, y entre ellos se halle algún incapaz ó incompatible. Cuando la Sala sentenciadora aprecia que el Notario autorizante de un testamento es de buena fama y debe dársele entera fe, así como que la discordancia de los dichos de los testigos versa sobre puntos incidentales, que no invalidan su testimonio ni constituyen prueba especial para que pueda estimarse nulo un testamento, no se infringen las leyes (sentencia de 4 de Octubre de 1871).

El art. 3.697 del Código de la República Argentina resuelve una cuestión, ni siquiera indicada por el nuestro, y de verdadera importancia. Declara que un testigo incapaz debe ser considerado capaz, si, según la opinión común, fuese tenido como tal. Y los Códigos de Chile y del Uruguay (artículos 1.013 y 772 respectivamente) aclaran que si alguna de las causas de inhabilidad no se manifestase en el aspecto ó comportación de un testigo, y se ignorase generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundandose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidará el testamento por la inhabilidad real el testigo; sin embargo, la habilidad putativa no podrá servir ino á uno solo de los testigos.

Doctrina sustancialmente igual parece afirmada en el § 7.º, *título X, lib. II de las Instituciones* del Emperador Justiniano, al

declarar que cuando uno de los testigos es reputado como libre al tiempo de hacerse el testamento, y aparece después que era esclavo, el testamento vale—según un rescripto del Emperador Adriano dirigido á Catonio Vero, y otro de los Emperadores Severo y Antonino—del mismo modo que si se hubiese hecho como se debía, porque en el momento en que se selló el testamento era reputado como libre, y ninguno suscitó cuestión acerca de su estado. Esta misma declaración se repite al final de la *ley 9.ª*, *título I, Part. 6.ª*

En la legislación francesa se ha seguido igual doctrina, según varias decisiones de sus Tribunales, si bien, como dice el jurisconsulto Rogron, los mismos han advertido que para cubrir la incapacidad de un testigo instrumental, el error común debe descansar sobre hechos y actos de posesión pública que motiven y justifiquen ese error; siendo también preciso que el descubrimiento de la verdad resulte imposible.

En este último sentido, algunos autores, como Marcadé, Troplong, Vittore Vitali y otros, manifiestan que no todos los errores comunes deben producir la exactamente llamada capacidad putativa; ni ésta, contra la real, á veces puede mantener la validez del testamento; como, por ejemplo, tratándose de la edad, ó del hecho de la condena por determinados delitos, en que los Registros públicos deben ser los únicos que han de dar la verdadera y oficial solución á las dudas que se tengan.

Es muy cierto el aforismo ya tradicional de *error communis facit ius;* pero es preciso no extremar los alcances de esa declaración, que algunas veces pudiera servir de pretexto para infracciones legales mal intencionadas. Ese error ha de ser invencible, ha de significar la completa ignorancia por el testador, el Notario y los testigos de la circunstancia que determinara la incapacidad ó inhabilidad del testigo; porque, como dice el último de los jurisconsultos antes citados, Vittore Vitali, el vicio de esa solemnidad no puede atribuirse á defecto de la voluntad del testador; y por esto sería grave anular el testamento por motivos de que no son culpables aquél ni el Notario. Y en tal sentido hasta se darían casos en que ese mismo error invencible recayera sobre la edad ó el parentesco, cuando éstos por el pronto no pudieran averiguarse oficialmente y hubiera que pasar por lo que la opinión más generalizada sostuviere. Gran prudencia y discreción

recomendamos, principalmente á los Notarios, cuando se encuentren con casos de tal naturaleza en que, por un lado, no procede extremar el cumplimiento de las leyes, obligando á acreditar siempre por medios oficiales ó solemnes la capacidad del testigo testamentario, y por otro, no deban ampliar demasiado el criterio legal, admitiendo como válido para el caso cualquier rumor ú opinión insegura, que por alguno se pretenda indebidamente considerar como el error común de que habla el citado aforismo jurídico, para poder quedar en el justo medio que represente el verdadero espíritu del legislador, quien fija, como excepción, reglas de incapacidad que, por tanto, deben ser de interpretación restringida.

La incapacidad, en todo caso, la probará quien la alega; y, como dice la segunda parte del art. 3.696 del Código de la República Argentina, no se presume, debiendo probarla el que funde su acción en ella.

***

De la computacóin de la capacidad de los testigos testamentarios con relación al tiempo en que se otorga el testamento. — Algunas observaciones tenemos ya hechas en el presente comentario respecto al art. 683, que refiere la inhabilidad del testigo solo al momento en que se otorga el testamento. Lo cual también se deduce de los preceptos del Derecho romano y de la legislación de Partidas que hemos citado con repetición.

Los testamentos otorgados *in articulo mortis* en tiempo de epidemia, el militar, el marítimo, el hecho en país extranjero cuando revista la forma nuncupativa, necesitan elevarse á escritura pública y de la consiguiente protocolización, para ser eficaces. Y los testamentos cerrados han de ser abiertos por un procedimiento adecuado de jurisdicción voluntaria: Para ello el Juez necesita practicar prueba testifical; y natural es que entonces acuda á los mismos testigos que intervinieron en el testamento, los cuales se limitarán á ratificar su intervención en ese acto, y á proporcionar cuantos datos necesite el Juez para asesorarse de que en el otorgamiento se guardaron todas las prescripciones legales. Mas algún testigo puede haber dejado de existir, otros incurrido en motivos de incapacidad, que no tenían cuando fueron lla-

mados á la presencia del testador. Nada más injusto que decretar la nulidad del testamento porque tales contingencias lleguen á realizarse. El testador y el Notario cumplieron en tiempo oportuno y cuando única y posiblemente estaba á su alcance hacerlo, con el mandato de la ley respecto á las condiciones que habían de reunir los testigos. Los acontecimientos futuros que lleguen á sobrevenir, ellos no podían preverlos, ni, por tanto, aceptar su responsabilidad. De modo que si entonces obedecieron al legislador en todo lo por éste prescrito, eso será lo único que prevalezca, como hecho á la sombra de una buena fe y legalidad perfectas. Esta doctrina, tan clara y evidente es, que no precisa mayores explicaciones.

La ley de Enjuiciamiento civil, que era la indicada para dar solución terminante al caso que prevé, por primera vez, en esa forma nuestro art. 683 (pues el proyecto de 1851 sólo se refiere á la edad), nada expresa directamente. Se deduce de algunos de sus artículos lo propio que venimos diciendo. Así, por ejemplo, el 1.951 dispone que cuidará el Juez, bajo su responsabilidad, de que se exprese en las declaraciones la edad de los testigos y el lugar en que tuvieren su vecindad *al otorgarse el testamento;* de lo cual se infiere que no importa para nada, no debiendo hacerse constar, la vecindad que goce el testigo al tiempo de declarar. Eso mismo se desprende del art. 1.961. El 1.962 prevé que alguno ó algunos de los testigos hubieren fallecido ó se hallasen ausentes, en cuyo caso se preguntará *á los demás* si les vieron poner su firma y rúbrica y se examinará á otras dos personas que conozcan la firma y rúbrica del fallecido ó ausente, acerca de su semejanza con las estampadas en el pliego; si esto último no pudiere tener lugar, será abonado el testigo en la forma ordinaria.

No hay inconveniente en aplicar ese procedimiento á los testigos que se hayan hecho incapaces al practicarse las diligencias judiciales, en el supuesto de que estén también imposibilitados para declarar; porque, ni el art. 683, ni ningún precepto legal, pueden prohibir al testigo inhábil prestar su declaración. No encontramos obstáculo en la ley para que el que no es ya vecino ó domiciliado del lugar en que se otorgó el testamento ó el que se ha vuelto ciego, sordo ó mudo, ó los condenados después por falsificadores ó falsos testigos ó que estén entonces sufriendo la

pena de interdicción civil, ni los que sean en dicha época dependientes, amanuenses, criados ó parientes del Notario, de los herederos y legatarios, en determinado grado, y no lo fueran antes, depongan sobre la certeza y autenticidad de la firma que estamparon en el testamento, y los ciegos sobre la exactitud del contenido del mismo ó del pliego en que esté encerrado. Obligación estricta del Juzgado es recibir declaración á todos los que han suscrito el testamento abierto ó cerrado, á no ser que una imposibilidad física obste á ello; por ejemplo, tratándose del fallecido ó del que se halle en paradero desconocido. Aun á los testigos que sepa que son entonces inhábiles, cuando no se encuentren en el lugar del Juzgado, ha de oirles ó citarles por medio de los oportunos exhorto ó carta-orden, según para toda clase de ausentes está prevenido terminantemente.

De los testamentos cuya apertura no es necesaria, ni de los que no precisen elevarse á escritura pública es excusado ocuparse, porque en ellos los testigos concluyen su misión con la asistencia al testamento. Si fuese el Notario el que resultase inhábil, por virtud de una incapacidad que le impidiera declarar, debería aplicarse por analogía, en nuestro concepto, la disposición que comprende el art. 1.963 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, tratando de los testamentos cerrados y para en el caso de que dicho funcionario falleciera; es á saber: cotejar el Juez, asistido de peritos de su exclusivo nombramiento, el signo, firma ó rúbrica del pliego ó carpeta, con las estampadas en la copia que debe existir en el registro especial de los testamentos cerrados, para lo cual se trasladará el Juzgado al sitio en que aquél se halle, y no siendo posible, dará comisión á quien corresponda; cuando el otorgamiento hubiera sido anterior á la ley del Notariado, el cotejo se hará con otras firmas y signos indubitados del mismo Notario.

Este procedimiento aconsejamos igualmente que se adopte en testamentos abiertos otorgados ante Notario, y que éste por cualquier causa no hubiese elevado á escritura pública, porque para ésos exige el art. 1.946 de dicha ley que se cite también á declarar al Notario. Aunque el tít. VI, libro III de aquélla, cuyo epígrafe es: «*Del modo de elevar á escritura pública el testamento ó codicilo hecho de palabra*», no prevea el segundo supuesto, es racional, por la semejanza de los casos, que se acuda al indicado

procedimiento contenido en el siguiente tít. VII, que trata de la apertura de testamentos cerrados y protocolización de las memorias testamentarias.

ART. 684. Para testar en lengua extranjera se requiere la presencia de dos intérpretes elegidos por el testador, que traduzcan su disposición al castellano. El testamento se deberá escribir en las dos lenguas.

Concordancias.—Análogo al art. 566 del proyecto de Código de 1851 y en su mayor parte al 679 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El testamento en lengua extranjera pueden llegar á otorgale un español, que prefiera testar en idioma que no sea el suyo, ó un extranjero que no tenga otro remedio que emplear al efecto la única lengua que conoce. Lo primero no está prohibido en ninguna disposición del Código; y lo segundo se deduce de la facultad que tiene todo extranjero para ejercitar en España los mismos derechos civiles que el que goce de la nacionalidad española, sujetándose, en cuanto á los efectos del estatuto formal, á las prescripciones de nuestro Derecho.

Pues bien: en ambos casos, como garantía del testador y de los que han de conocer las declaraciones que éste haga, son precisas, además de las solemnidades normales, la especial que señala el anotado art. 684, que tiene su filiación indudable en el artículo 566 del proyecto de Código de 1851. Y aunque el primero de dichos artículos no indica claramente que el requisito de que trata es compatible con los demás crdinarios, es de toda evidencia la observación que nosotros hacemos, porque en otro caso sería de mejor suerte y gozaría de mayores facilidades el que testase en lengua extranjera que el que lo hiciera en la nacional; lo cual representaría un absurdo inadmisible en principios de Lógica y de Derecho.

Presupuesto tal sentido, que es el que indudablemente corresponde asignar al art. 684, ¿puede alguien explicarnos cómo han de compaginarse el núm. 5.° del art. 681 y el precepto que comentamos, cuando ofrecen deducciones tan claramente opuestas? El primero señala la incapacidad para ser testigo de las personas que no entiendan el idioma del testador; y el segundo da á entender que en casos en que el testador teste en lengua extranjera, los intérpretes se encargarán de hacer la traducción para conocimiento de testigos y Notario.

Por ventura, ¿se exige, según el art. 684, que entiendan el idioma del testador lo mismo los intérpretes que los testigos? Esto parece conclusión absurda, por cuanto ni el Código, ni la ley ó Reglamento del Notariado, ni disposiciones posteriores, hacen esa exigencia al Notario. El Real decreto de 20 de Enero de 1881, en su art. 20, ampliando el párrafo último del art. 62 de dicho Reglamento, dispone que cuando los otorgantes sean extranjeros ó se refieran á documentos redactados en lengua alguna viva extranjera, deberá exigirse la presencia de intérprete ó la traducción autorizada del documento, á menos que el Notario se halle reconocido como traductor ó intérprete oficial, en cuyo caso lo hará así constar en la escritura.

Si, pues, los testigos han de dar fe del testamento, según la traducción que hagan los intérpretes, ¿qué objeto tiene la prohibición del art. 681 *(núm. 5.°)*? Y si ésta se ha de cumplir y han de intervenir siempre en todo testamento personas que conozcan el idioma del testador, ¿á qué necesidad responden esos intérpretes, si los mismos testigos pueden hacer esa traducción, ya que también el art. 684 ha suprimido el calificativo de *juramentados* que el proyecto de 1851 añadía al de intérpretes, y cualquiera, por tanto, que conozca dicho idioma puede desempeñar esa misión de traducir? Nos reconocemos incapaces para descifrar tal enigma.

¿Se exige, quizá, que los testigos sirvan para juzgar si está bien hecha la traducción de los intérpretes? Imposible nos parece que al que simplemente comprenda un idioma le destine la ley para apreciar la suficiencia del que ya tiene ó el título ó la condición reconocida de intérprete. Entiéndase que por el *núm. 5.°* del art. 681, al testigo no se le pide que sea intérprete, sino basta que conozca la lengua en que el testador haya de expresarse.

Luego, en tal sentido, la función de testigo es de menor importancia que la de intérprete.

La ley notarial italiana, menos exigente sobre el particular, dispone que si el Notario ignora la lengua extranjera, intervenga el intérprete, que no puede ser testigo ó fedatario; cuando el testador no sepa ó no pueda suscribir su disposición, dos de los testigos presentes al acto deberán conocer el idioma empleado por aquél; cuando pueda hacer dicha suscripción, basta que un testigo ó intérprete conozca tal idioma.

La necesaria compenetración ó armonía de los artículos 681 (*número 5.º*) y 684 exigen como resultado que nos parece demasiado ilógico, que los testigos todos sepan el idioma en que el testador manifieste sus últimas declaraciones.

Á lo que no creemos que se oponga en manera alguna el segundo de dichos preceptos, y de este modo se dulcifica lo violento de la forzosa deducción que antes hemos establecido, es á que esos dos intérpretes salgan de los mismos testigos requeridos para la forma especial de testamento de que se trate. En efecto: si dichos intérpretes ejercen la misión de traducir al castellano lo que el testador haya expresado en lengua extranjera, muy bien pueden ejercer al propio tiempo el cargo de testigo y con completo conocimiento de causa y antecedentes; y con mucha mayor razón comprendiendo los restantes testigos dicha lengua.

Los intérpretes serán entonces elegidos de entre los testigos por el mismo testador, á no ser que éste prefiera acudir al llamamiento de otros intérpretes, además del número completo de testigos que para cada caso requiera el Código; porque el lujo de formalidades en el testamento ya hemos dicho que no compromete la validez de éste.

Siguiendo el criterio que conceptuamos más racional y al mismo tiempo más prudente en la inteligencia del art. 684, los intérpretes, como tales testigos, que ejercen simultáneamente ambas funciones, han de reunir los requisitos que se desprenden de las excepciones señaladas en los artículos 681 y 682.

Si prevaleciera en la práctica ó los Tribunales declarasen preferible el riguroso criterio que materialmente da á entender el examen aislado é independiente de las disposiciones que antes citamos, se haría poco menos que imposible el que un extranjero pudiese testar en España en su nativo idioma. Un publicista espa-

ñol dice que la forma de los testamentos no debe proponerse más objeto que el de garantizar su autenticidad; y si se extreman los medios adoptados respecto al extranjero que desconoce el español, se le inhabilita para testar en la mayor parte de nuestro territorio, donde pocas villas y lugares habrá en las que puedan concurrir como testigos dos que conozcan el francés ó puedan traducir al castellano un testamento redactado en dicha lengua: Conociéndose al testador, ó identificándose perfectamente su persona, y rubricando el Notario y los testigos las hojas del testamento, quedarían salvadas todas las dificultades. Dicho publicista expresa tal juicio desfavorable respecto al art. 684, partiendo del supuesto que nosotros creemos más exacto, de que dos de los testigos que concurran al testamento sirvan al mismo tiempo de intérpretes. ¿Qué diría si una interpretación auténtica viniera á considerar de independiente aplicación los artículos 684 y 681, en su regla 5.ª?

Otra cuestión proponen los autores, con referencia al primero de dichos preceptos al que auguramos muchas y razonadas censuras, por la vaguedad de su redacción, y graves dificultades en la práctica. ¿Se refiere el art. 684 al testamento cerrado y al ológrafo, lo mismo que indudablemente alude al abierto? Las opiniones de tratadistas y comentaristas se encuentran muy divididas. Lo que por de pronto nosotros empezamos afirmando es que el extranjero, indudablemente, puede otorgar testamento cerrado, abierto y ológrafo, según el párrafo último del art. 688. Ningún precepto del Código le niega tal facultad; y además, el principio general es que el extranjero goza en España de los mismos derechos civiles que corresponden al español. El art. 684 no indica horizonte alguno por donde descubrir el espíritu del legislador, ó la intención que persiguiera al darle cabida en esta parte del Código. El Sr. Alcubilla hace la exacta observación de que tal precepto se halla entre los de carácter general que tienen aplicación para toda clase de testamentos, según se desprende del epígrafe de la sección sexta, en que nos encontramos, á no ser en lo referente al art. 682 y á las excepciones que taxativamente se señalan.

El proyecto de 1851 y el Código argentino (art. 3.663) colocan, por el contrario, precepto análogo entre los destinados á regular el testamento abierto ó público.

Hay, por otra parte, la consideración de que el testamento cerrado es de carácter eminentemente secreto para toda persona que no sea el mismo testador, quien en tal sentido goza de inmunidad completa para asegurarse de que hasta la hora de su muerte nadie más que él conocerá las manifestaciones que por eso mismo hizo, gozando de toda la libertad de su conciencia y mirando sólo por el porvenir de su familia, amigos y deudos. Por esto nosotros, lealmente hablando, en Derecho constituyente optaríamos por hacer aplicable el art. 684 á los testamentos abiertos y ológrafos; pero no para los cerrados. Mas, dentro de las exigencias legales del Código, y aceptando sus forzosas conclusiones, opinamos, en contra del parecer del Sr. López R. Gómez (*Tratado teórico-legal del Derecho de sucesión*) y del Sr. Navarro Amandi, que la necesidad de los intérpretes rige para toda clase de testamentos; y como han de ser elegidos libremente por el testador, el mismo, en el testamento cerrado, cuidará de confiarse á los que más garantías de reservados le merezcan. El párrafo último del art. 688 no expresa más que la facultad en el extranjero de poder otorgar testamento ológrafo; pero sujetándose, como da á entender una disposición anterior de carácter general, á lo que exige la misma, ó sea el art. 684. Disentimos en este punto, con razones más convincentes, de la opinión que el señor Martínez Alcubilla formula en su *Diccionario de la Administración Española*.

Y decimos además, con las salvedades antes referidas, que es forzoso tal criterio dentro del Código español, porque esa operación de traducir el testamento á la lengua castellana debería de hacerse, en los testamentos ológrafo y cerrado, al practicarse las diligencias de protocolización ante el Juzgado correspondiente, según el Código y la ley procesal civil.

Mas como esta última es también deficiente respecto al particular, y no prevé tampoco que el testamento se halle escrito en idioma distinto del español, las dificultades de exceptuar á dichos testamentos de la intervención de los intérpretes aumenta, mientras no se corrijan por el legislador debidamente tales deficiencias ó se regule en forma más acertada la manera de testar en lengua extranjera. Para este fin, podría tenerse presente el procedimiento adoptado en el Código chileno (art. 1.024), según el cual, cuando el testador no pudiese entender ó ser entendido de viva voz, sólo

podrá otorgar testamento cerrado, escribiendo entonces de su letra, sobre la cubierta, la palabra *«testamento»*, ó la equivalente en el idioma que prefiera, y hará del mismo modo la designación de su persona, expresando á lo menos su nombre, apellido y domicilio y la Nación á que pertenece, y en lo demás, se seguirán las reglas del testamento cerrado.

El art. 684, ¿aludirá asimismo á los testamentos que otorguen los naturales de determinadas provincias aforadas, en otras de derecho común, ó viceversa? Decimos determinadas provincias, porque no en todos los lugares sujetos á derecho foral se presenta tal dificultad. Ésta puede ocurrir, y de hecho ocurrirá con bastante frecuencia, en Cataluña, Vizcaya, Guipúzcoa, Valencia é islas Baleares, pues que en el resto de España, con no esenciales alteraciones del lenguaje castellano, se habla este idioma y todos los moradores de las diversas provincias se entienden entre sí sin obstáculo apreciable. Pero si un catalán ó un vizcaíno quiere testar en su lengua en la Mancha, ¿se han de requerir cinco testigos que comprendan su idioma?; ó si un manchego se encuentra en la necesidad de testar en un villorrio de Valencia, de Cataluña, Vizcaya, etc., y no encuentra quien conozca el castellano, ¿ha de verse impedido de poder otorgar su última voluntad? Las suposiciones son, como se ve, muy verosímiles, y á todas horas se pueden presentar. Es, no sólo posible, sino hasta general, que los idiomas catalán, vizcaíno y valenciano, se desconozcan por completo en las restantes provincias, pudiendo, por casualidad, haber alguna persona que por haber estado en esos países ó estudiado por curiosidad científica tales idiomas, se separe de la verdadera regla general; y muy corriente es también, sobre todo en lugares y pueblos apartados y de vecindario inculto de Vizcaya y Cataluña, que se tenga á la lengua castellana por tan extraña ó extranjera como la rusa ó la polaca. Por cuyo motivo, prescindiendo por ahora de prohibiciones y de propósitos laudables, de uniformar oficialmente el idioma que haya de hablarse en el territorio español, es imposible contrariar la realidad, y ésta nos enseña que, entendido el artículo referido con la significación restringida que por algunos se pretende, se establecería un régimen de castas entre los habitantes del suelo nacional para el ejercicio de un derecho tan natural como es el de testar.

El español que se encuentre en los casos que antes indica-

mos, por consecuencia, se halla en las mismas condiciones que un extranjero que quiera testar en nuestra patria, sin conocer la lengua española.

En lo que respecta al Notario, los artículos 4.° y 62 (§ 4.°) del Reglamento de 9 de Noviembre de 1874 exigen á los que aspiren á servir en distritos donde vulgarmente se hablen dialectos particulares, que entiendan éstos suficientemente.

Nada dice el art. 684 de la clase de intérpretes que han de hacer la traducción del testamento, lo cual significa que puede desempeñar tal misión cualquiera que acredite en el concepto público poseer el conocimiento del idioma ó dialecto de que se trate. Pueden serlo, con mucha más razón, por consiguiente, los llamados intérpretes jurados, que son los que, según los artículos 48 y 50 del Reglamento de la carrera de intérpretes de 23 de Julio de 1883, se nombran en las provincias por el Ministerio de Estado, dirigiendo los interesados al efecto la solicitud por conducto del Gobernador de la provincia en que pretenda ejercerse el cargo, y acompañándose informe de esta autoridad sobre la necesidad de tal cargo y los documentos acreditativos de que el solicitante es español, mayor de edad y de buena conducta. El nombramiento se hará previo examen por la Interpretación de lenguas de dicho Ministerio, de los idiomas para cuya versión desee ser autorizado dicho solicitante, prestando éste juramento ante el expresado Gobernador de ejercer fielmente y en conciencia su profesión, sin que pueda cobrar otros derechos que los señalados en la tarifa vigente en la Interpretación central, y quedando siempre sus traducciones sujetas, si los interesados, Tribunales ó autoridades lo exigiesen, á la revisión de dicha dependencia.

Resumiendo lo expuesto respecto al art. 684, creemos que lo que éste da á entender es que, para testar en lengua extraña á la que se use en el lugar del otorgamiento del testamento, se requiere la presencia de los testigos exigidos en cada caso, según la forma de aquél, dos de los cuales ejercerán el cargo de intérpretes, elegidos por el testador, y traducirán la última voluntad al castellano, escribiéndose la misma en las dos lenguas; todo lo cual se ejecutará lo mismo en la forma de testar ológrafa que en la abierta y en la cerrada.

Confiamos en que en la próxima revisión del Código se ten-

gan en cuenta, en lo que sean atendibles, las observaciones que nos permitimos fundadamente aducir, pues no se darán seguramente muchos artículos que originen las numerosas é importantes dudas de interpretación que motiva el art. 684; ó que, en otro caso, desaparezca éste por completo, con lo cual iría ganando en claridad dicho Cuerpo legal, y en justicia los extranjeros y personas que desconocieran el idioma español al tiempo de revelar los últimos pensamientos en orden á su herencia.

Ninguna falta hace dicho precepto, existiendo el del núm. 5.° del art. 681, que juzgamos bastante previsor de las contingencias posibles sobre el particular. En las provincias aforadas, el Notario ya debe conocer el dialecto ó lengua, y los testigos lo mismo han de entenderlas. Tratándose de extranjeros, basta que rija la legislación notarial que requiere la presencia de intérprete que sirva al Notario principalmente de guía, ya que los testigos han de hallarse enterados por sí mismos de lo que haya expresado el testador.

La ley procesal civil tendrá que suplirse con reglas adecuadas á lo que llevamos dicho, para los casos de protocolización judicial.

Art. 685. El Notario y dos de los testigos que autoricen el testamento deberán conocer al testador, y si no lo conocieren, se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario y de los testigos instrumentales. También procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, á su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.

Igual obligación de conocer al testador tendrán los testigos que autoricen un testamento sin asistencia de Notario, en los casos de los artículos 700 y 701.

Concordancias.—Análogo al art. 680 del proyecto de Código de 1882 y al 23 de la ley del Notariado.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 3.ª, tít. XVIII, ley 54.* .....e deue ser muy acucioso el escriuano de trabajarse de conoscer lós omes á quien faze las cartas, quien son: e de que lugar, de manera que non pueda y ser fecho ningund engaño.

Novísima Recopilación, ley 2.ª, tít. XXIII, libro X.—Mandamos, que si por ventura el Escribano no conosciere á algunas de las partes que quisieren otorgar el tal contrato ó escritura, que no la haga ni resciba, salvo si las dichas partes, que asi no conosciere, presentaren dos testigos que digan que los conoscen; y que hagan mencion dello en fin de la tal escritura, nombrando los dos testigos y asentando sus nombres y donde son vecinos; y si el Escribano conosciere al otorgante, dé fé en la subscripción que le conosce.

ART. 686. Si no pudiere identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el Notario, ó por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo.

Si fuere impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador.

Concordancias. — Igual al art. 681 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862.*—Art. 23. Los Notarios darán fe en los instrumentos públicos de que conocen á las partes, ó de haberse asegurado de su conocimiento por el dicho de los testigos instrumentales, ó de otros dos que las conozcan, y que se llamarán por tanto testigos de *conocimiento*.

También darán fe de la vecindad y profesión de los otorgantes.

En los casos graves y extraordinarios en que no sea posible consignar por completo estas circunstancias, expresarán cuanto sobre ello les conste de propia ciencia y manifiesten los testigos instrumentales y de conocimiento.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 685 Y 686.—Comprenden los artículos anotados otros requisitos que igualmente son comunes á los testamentos abiertos y á los cerrados, porque en el ológrafo no intervienen Notario ni testigos.

Además de las obligaciones que para cada forma de testar se exponen en su lugar oportuno y en la ley del Notariado respecto al Notario y á los testigos, como disposiciones las de aquélla de carácter general, los artículos 685 y 686 especifican las que más concretamente deben tenerse presentes en los testamentos.

El primero de dichos artículos comprende dos extremos principales: la necesidad del conocimiento del testador y la del de su capacidad legal necesaria para testar. El art. 686 regula la manera de suplir las deficiencias con relación al primero de dichos extremos.

Es indiscutible la necesidad de que el testador sea identificado primeramente en su personalidad natural, para que lleguen á convencerse cada uno de los que han de ser interesados en su herencia, de que el testamento, por el que se transmite ésta, es el de Fulano de Tal y no de otra persona distinta. Esto parecerá á todo el mundo natural y de exigencia imprescindible, no ya sólo tratándose de disposiciones testamentarias, sino de cualquier instrumento ó documento jurídico de alguna importancia. Tal requisito ya lo demandaban nuestras leyes antiguas, como el más lógico que pudiera concebirse. Ante todo, es preciso saber quién es el otorgante; y la afirmación correspondiente claro es que no debe dejarse sólo al mismo testador, para evitar engaños ó confabulaciones posibles. Deben acreditarlo terceras personas que intervengan en el acto del otorgamiento, y que al mismo tiempo darán fe de otros varios particulares que ha de abrazar el instrumento en cuestión. Ahora, las legislaciones varían en cuanto al modo de acreditar dicha identidad y respecto á las personas que han de asegurarla, de entre las que intervienen en el testamento. Nuestro Código bien puede decirse que ha sido de los más exigentes sobre el particular, porque encarga tal misión,

no sólo al Notario, sino también á dos testigos, por lo menos, de los que se requieran en cada clase de testamentos.

Tan esencial es la prestación de dicho conocimiento por el Notario, que la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1865, fundada en las leyes de Partida y de la Novísima Recopilación citadas en los *Precedentes legales*, declara que es nulo un testamento otorgado ante Notario que no dió fe de conocer al testador ó de que concurriesen dos testigos que le conocieran; adoleciendo del mismo defecto insubsanable el testamento en que la personalidad del testador sólo se identifica por el dicho de uno de los testigos instrumentales, á que el Notario se remite (sentencia de 31 de Mayo de 1887); pero si el Escribano conocía al testador, la circunstancia de no dar fe especial de su conocimiento, dándola del contenido de todo el título, no obsta á la validez del testamento (sentencia de 25 de Febrero de 1881). Alguna contradicción notamos entre la doctrina que en esta última sentencia se sostiene y la que encontramos desenvuelta en una Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 17 de Enero de 1876, en la cual se declara que el Notario que se limita, al designar las personas de los otorgantes, á manifestar que las conoce «por sus nombres, profesión y vecindad», sin que *dé fe* de este conocimiento, incurre en una omisión que produce la nulidad del título, con arreglo al art. 27 de la ley del Notariado, sin que pueda considerarse subsanada por la expresión consignada al final del documento, de que da fe el Notario de todo su contenido, porque semejante frase sólo se entiende aplicable á las palabras, estipulaciones y condiciones que se atribuyen á los otorgantes, según lo declara el art. 83 del Reglamento de dicha ley, y de ningún modo puede comprender el conocimiento de las personas que comparecen ante el Notario, respecto del cual exige la ley que dé fe concreta y especialmente, ó que supla este solemne requisito en la forma establecida en el art. 23 de la ley del Notariado. Mayor fundamento jurídico encontramos en el criterio de la Dirección general que en el seguido por el Tribunal Supremo en la antedicha sentencia, pues el primero está basado en el tenor claro y terminante de las disposiciones legales vigentes, y distingue, á nuestro juicio con acierto, las diversas funciones que el Notario ejerce en un instrumento que ante él se otorgue; siendo, como es natural, función diferente la de asegurar la iden-

tidad del testador, de la de dar fe de lo que éste diga en el curso de sus declaraciones testamentarias. De todas suertes, la dación de fe es de carácter esencial é imprescincible.

Deben prestarla asimismo los testigos, y ya que no todos ellos, por lo menos dos. Para el caso de que ni testador ni testigos conocieran á éste, la ley establece otra categoría de testigos que suplan dicho conocimiento, identificando ellos á dicho testador. Por esto se llaman testigos de conocimiento, y á los primeros testigos instrumentales, según el tecnicismo de la ley del Notariado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Marzo de 1866 declara que la aseveración hecha por el Escribano que autorice el testamento de la vecindad y conocimiento del testador y de los testigos instrumentales, sólo puede destruirse por una prueba completa en contrario.

El Notario ha de asegurarse de que los testigos instrumentales reúnen las condiciones legales debidas, para no ser en el día de mañana responsable de las infracciones que con tal objeto pudieran cometerse; y también hará que concurra el número de ellos prevenido en cada caso. Y claro es: para que pueda cumplir el Notario tales obligaciones, es preciso que éste conozca á los testigos, aunque de ello nada exprese el art. 685. Pero exige tal formalidad tratándose de los testigos de conocimiento, y, por tanto, con mayor motivo procederá aquélla tratándose de los testigos instrumentales, cuya intervención en el testamento es más esencial que la de los primeros.

¿Qué debe hacerse cuando sólo un testigo instrumental conozca al testador? En nuestro concepto, basta que se logre la intervención de un testigo de conocimiento, para que de este modo haya dos personas, por lo menos, de entre las que concurren al acto que precisen la identidad del testador. Esta opinión la encontramos robustecida con la autorizada del Sr. Zarzoso en su obra *Teoría y práctica de la redacción de instrumentos públicos*, llegando á afirmar aquél que no es preciso que sepa firmar ese único testigo de conocimiento.

El art. 685 equipara el caso de que Notario y testigos desc nozcan al testador, é intervengan testigos de conocimiento, al c que sólo el primero ó los segundos se vean imposibilitados de p 3star aquél. La conjunción que enlaza á las palabras *Notario*) *testigos* es copulativa y no disyuntiva.

Los testigos de conocimiento, ¿han de reunir las mismas cualidades que los instrumentales, siéndoles aplicables, por tanto, las prohibiciones enumeradas en los artículos 681 y 682? Aun cuando la contestación es dudosa, porque en realidad el precepto que comentamos no descubre horizonte alguno para fijar una teoría segura sobre el particular, nos parece que tal duda debe desvanecerla el art. 67 del Reglamento del Notariado, según el cual, los impedimentos de que trata el art. 21 de la ley (de parentesco con el Notario y partes interesadas ó de dependencia y servicio doméstico del primero) no se refieren á los testigos de conocimiento cuando concurran solamente como tales.

Bien presente tenemos el art. 29 de la expresada ley notarial, que no aplica á los testamentos y demás disposiciones *mortis causa* los preceptos relativos á la forma de los instrumentos, número y cualidades de los testigos y capacidad de adquirir lo dejado ó mandado por el testador: Para tales casos regirán la ley ó leyes especiales de que estamos tratando en este comentario, en otros que ya hemos expuesto y en los que habremos de desenvolver más adelante. Pero, siquiera como argumento muy fundado de analogía, podrá servirnos el que nos proporciona el referido art. 67, para establecer que, aunque convendría y sería de desear que á los testigos de conocimiento no les afectase tacha alguna de las del Código civil, es imposible en determinadas circunstancias escrupulizar tanto el rigorismo legal. Al fin y al cabo, los testigos de conocimiento no son testigos del testamento, pues para éste quedan los instrumentales, sino testigos que se limitan á deponer acerca de la identidad del testador; y tanto es así, que sólo de este particular han de ser enterados por el Notario, al dárseles lectura de la declaración testamentaria ó del acta del sobre que contenga aquélla.

Claro es que no podrá ser testigo de conocimiento un ciego, un totalmente sordo ó mudo (á no ser que entendieran estos últimos por señales de indudable comprensión lo que se les preguntara), un loco, etc. Pero no vacilamos en sostener que en casos de extremas circunstancias debe ser válida la intervención, como testigos de conocimiento, de las mujeres, de los varones mayores de catorce años y hasta de los comprendidos en las categorías de los números 7.° y 8.° del art. 681, siendo posible, y del art. 682. Cuando las mujeres y los varones mayores de catorce años pue-

den, en ciertos casos, ser testigos instrumentales, mejor podrán serlo de conocimiento, para dar exclusivamente fe de que el testador es ó no quien él se dice y llama.

Expresábamos anteriormente que nuestro Código era el más exigente en la materia de que tratan los artículos 685 y 686, porque, entre los extranjeros que consultamos, el del Uruguay (artículo 756) sólo dispone que el Escribano debe conocer al testador ó asegurarse de la identidad de su persona, haciéndolo constar en el instrumento. Los Códigos de Portugal y de Méjico (artículos 1.913 y 3.761 respectivamente) ordenan que tanto el Escribano como los testigos deben conocer al testador ó identificar su persona en *cualquier forma posible,* ó certificar de algún modo dicho extremo. El mismo Código español ha sufrido, en su edición reformada, una modificación significativa, tratándose de su art. 685: Comprendiendo, sin duda, el legislador que en la primitiva edición se había extremado algún tanto la manera de acreditar el conocimiento del testador, vino á disponer últimamente que no fueran los testigos todos los que certificasen del expresado particular, como se exigía en la edición anterior, sino solamente dos de ellos; modificación que se hizo imprescindible por las observaciones expuestas durante la discusión del Código, en el Senado y en el Congreso de los Diputados.

Esa obligación de conocer al testador se exige con mayor razón también en los testamentos en que no intervenga Notario, y sí testigos solamente. Tales son los que se otorguen en tiempo de epidemia ante tres testigos mayores de diez y seis años, varones ó mujeres, y los que dicten quienes se hallen en inminente peligro de muerte ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario. En tales casos, el párrafo último del art. 685 no dice que dos de los expresados testigos basten para identificar al testador, sino que impone esta obligación á todos los que concurran por precepto de la ley.

Y la diferencia la encontramos justificada, por cuanto en dichos testamentos no existe la garantía que indudablemente presta la intervención del Notario, no sólo por el más acertado cumplimiento de las disposiciones legales, sino hasta para el simple requisito del conocimiento del testador.

***

No creemos, como algún anotador del Código, que éste, después de la modificación últimamente sufrida, haya hecho poco menos que imposible la manera de conciliar el escrupuloso respeto al cumplimiento de los deberes impuestos al Notario con la amenaza de exigirse á éste responsabilidad de daños y perjuicios por las infracciones que por su culpa ó negligencia se cometan en el otorgamiento de los testamentos. El art. 686 prevé todas las contingencias que la falta de Notario ó testigos que puedan conocer al testador habrá de originar en determinadas y muy posibles circunstancias. Nos parece doctrina inexacta legalmente la que dicho autor expone al afirmar que el Notario que se encuentre sin poder acreditar la identidad del testador, se verá imprescindiblemente en el caso de declinar el cumplimiento de su misión por imposibilidad de desempeñarla de modo acertado. No da á entender eso el recto y hasta literal sentido del expresado artículo 686. El Notario que no conozca al testador que reclame sus oficios, aunque los testigos aseguren dicho conocimiento ó aunque no lo aseguren, no deberá por tales motivos excusarse de autorizar el testamento; es más, creemos que legalmente está obligado á permanecer en su puesto, al tenor del art. 2.º de la ley del Notariado, y sin temor á las responsabilidades que para otros supuestos establece el Derecho; expresando, al redactar el documento testamentario, la imposibilidad de acreditar dicho conocimiento según el art. 685 del Código civil; y lo propio harán los testigos en los testamentos otorgados en tiempo de epidemia y en inminente peligro de muerte, si aquéllos llegan á escribirse, y si no se escriben harán tales manifestaciones ante el Juzgado cuando sean llamados en las diligencias para elevar á escritura pública la última voluntad declarada oralmente.

En uno y otro caso, tanto el Notario como los testigos, habrán de reseñar los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo, para suplir de algún modo la expresión solemne del conocimiento que determina el art. 685. De esta suerte no hay responsabilidad para nadie. Ante lo inevitable de las circunstancias, el Código no pide imposibles á los Notarios y testigos, y soluciona las dificultades del mejor modo que resulta hacedero en la práctica. Esos documentos bien pueden ser la cédula de vecindad del testador, el título ó diploma que indique su profesión, la partida de bautismo ó de

matrimonio que conserve en su poder, la certificación de libertad de quintas, algún pasaporte extendido á su favor, en una palabra, todos los que contribuyan á demostrar al Notario y testigos, ó á estos últimos, en su caso, que la persona que á su presencia tienen es realmente la que figura encabezando el testamento con el nombre, apellido y circunstancias que se atribuye. Muy poco verosímil debe parecer que la posesión de tales documentos por el testador obedezca á medios ilícitos ó punibles puestos por él en juego para defraudar maliciosamente á los que le desconocieran y tuvieran que aceptarle tal cual pretenda por la presentación de esos supletorios medios de prueba.

Reclama con muy buen acuerdo también el art. 686 que se consignen en el testamento las señas personales del testador, además de los documentos que contribuyan á fijar la identidad apetecida, por si en lo futuro llegara á ventilarse en juicio contradictorio la validez del testamento por no hallarse bien fijada dicha identidad; éste es indudablemente uno de los fines que va persiguiendo el legislador. Comunicadas tales señas á testigos que, en el período de prueba, se presentasen por unos y otros interesados en el testamento, y que hubieren conocido en su tiempo al testador, ni aquél llegaría á invalidarse, siempre que esas justificaciones dieran un resultado favorable á la identidad, ni la carencia de más exactos datos por el Notario y testigos respecto al conocimiento de la persona del testador, al expresar éste su última voluntad, constituiría, por tales razones, motivo de ineficacia del testamento en que tal circunstancia concurriera.

La demostración de que es de todo punto indispensable que el Notario ó los testigos hagan la declaración de imposibilidad de conocer al testador, según ordena el art. 686, la tenemos en una reciente sentencia del Tribunal Supremo, fecha 31 de Mayo de 1893. Según esta sentencia, el art. 686 previene que se declare dicha circunstancia por el Notario que autorice el testamento; cuya formalidad es tanto más esencial, cuanto que la declaración notarial exigida por dicho precepto, se refiere á la causa que permite testar del modo supletorio que el mismo establece, y no puede reputarse cumplida con la mera expresión de que los testigos instrumentales desconozcan al testador, pues con ello tan solamente se consigna una de las varias circunstancias que determinan la necesidad de que se haga dicha declaración: Por

estos motivos se considera nulo un testamento en que el Notario se limita á consignar que los testigos instrumentales desconocían á la testadora, sin hacer declaración alguna respecto de identificarla en la forma prevenida por el art. 686 del Código civil, nulidad que se declara contra la apreciación de la Sala sentenciadora, á los efectos del art. 687, cuyo contexto se ha infringido al afirmarse por aquélla la validez del testamento.

Lo que, á nuestro entender, quiere significar el párrafo final del artículo 686 es que, si se impugna el testamento porque la identidad del testador no aparezca bien determinada, según los documentos y señas personales que á aquél corresponden, quien sostenga la validez ha de justificar que el que testó era quien realmente se llamaba así en su testamento. Porque la identidad del art. 685 forma prueba plena, y como dicho de Notario y testigos en documento público, ya hemos visto, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sólo podía destruirse por una prueba completa en contrario. De modo que en este último caso, las probabilidades de infalibilidad del documento están de parte de quienes lo redactaron; y, por lo tanto, los que le impugnen han de acreditar forzosamente que el Notario y los testigos cometieron una falsedad al manifestar que conocían al testador, no conociéndolo realmente; limitándose los interesados en que el testamento prevalezca á mantenerse en actitud pasiva, si no quieren desvirtuar los datos probatorios que presente la otra parte. En el caso del art. 686, natural es asimismo que, si no existe oposición, la disposición testamentaria sea eficaz en todas sus cláusulas; pero, formulada por quien sea parte legítima, los que mantengan la validez de lo dispuesto por el testador han de justificar la identidad de éste.

No creemos que exista inconveniente alguno en que, cuando haya de aplicarse el procedimiento del art. 686, se realice al propio tiempo lo que la ley del Notariado dispone para casos generales, ó sea que expresen los Notarios ó testigos en su caso cuanto sobre la identidad les conste de propia ciencia y manifiesten los testigos instrumentales y de conocimiento. Seguramente que el exceso de datos pertinentes que con tal objeto se aporten al instrumento testamentario, no han de dañar á éste, sino más bien favorecerle.

*
* *

Y vamos á la segunda parte de este comentario, ó sea á tratar de la fe que ha de prestarse de la capacidad legal necesaria en el testador para testar. También á este propósito encontramos en el actual art. 685 un cambio de redacción muy expresivo respecto del de la primitiva edición del Código. En ésta se disponía que el Notario y los testigos que interviniesen en cualquier testamento debían además asegurarse de que el testador gozaba de la capacidad legal necesaria para testar. En el precepto que hoy ha quedado vigente ya pueden verse las diferencias de modificación.

En primer lugar, la palabra imperativa de «*deben*» ha sido sustituída por la más suave y tolerante de «*procurarán*», atemperando así el desabrimiento de lo que antes se exigía sin limitación de ningún género, y poniendo á Notario y testigos en la alternativa de no poder prestar esa fe que se les pedía de la capacidad, cuando ésta no les constaba con palmaria evidencia, ó de incurrir en la responsabilidad civil y criminal con que les amenaza el Código. El legislador ha significado también de manera indudable en esas modificaciones (que pasarán á algunos inadvertidas, y nosotros estimamos de indiscutible importancia) que no podia ponerse en frente de la tradición legal mantenida por las disposiciones generales del Notariado y mostrarse exigente é intolerante tratándose de un punto que es realmente difícil de apreciar y que, en múltiples casos, ni el Notario ni los testigos pueden aseverar con infalible certeza. La situación era, pues, violenta para aquéllos, y por esto fué unánimemente bien acogida esa variación en el artículo 685, á la que, sin duda alguna, alude la Exposición de motivos del Código reformado, cuando dice que «algunas otras pequeñas variaciones ha introducido también la Sección en el capítulo de los testamentos, encaminadas todas á determinar mejor las condiciones necesarias para asegurar su identidad y alejar el peligro de las falsedades».

No habrán dejado de dar motivo al referido cambio de redacción del art. 685 las muy fundadas observaciones que el distinguido jurisconsulto D. Luis Silvela desarrolló en el Senado, al decir que el Notario puede dar fe de aquellas cosas que entran por los sentidos: por ejemplo, de que están presentes el testador y los testigos; pero dar fe de que el testador tiene la capacidad necesaria para otorgar testamento, es decir, de que tiene su mente serena, de que sabe perfectamente lo que dice, y de que

no está loco, en ocasiones es sumamente difícil. Por la ley del Notariado, los Notarios daban fe de que, á su parecer, el testador tenía la suficiente capacidad; pero sin poder responder de que estaba en su perfecto y sano juicio en todos los momentos y circunstancias; y en esta duda, «no hay que hacerse ilusiones: los Notarios más escrupulosos, es decir, aquellos que debieran llamarse siempre para que fueran á la cabecera de los enfermos, no otorgarán el testamento, y muchos de éstos morirán intestados»; «porque eso de decir de esa manera que dan fe de que lo que aseguran es verdad, de suerte que, si no resulta cierto, es el Notario reo del delito de falsedad por haber sido inexacto en la relación de los hechos, aleja al Notario de la cabecera del enfermo».

La primera redacción dada al art. 685, del Código, arguye la precipitación con que éste se publicó, hasta sin corregir errores materiales ó equivocaciones simples de cajistas, quizá para que á todo trance fuera sancionado bajo la fe del malogrado Ministro é insigne jurisconsulto D. Manuel Alonso Martínez, como así en efecto sucedió.

Tal como hoy queda dictado dicho precepto, y después de haberle puesto en consonancia con el art. 6.° de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, de 9 de Noviembre de 1874, merece la aprobación de los hombres de ley y satisface las exigencias debidas. Según dicho artículo 6.°, los Notarios harán constar en toda escritura que los otorgantes tienen la capacidad legal necesaria para celebrar el acto ó contrato á que se refieran, cuya circunstancia determinará *á juicio propio* el Notario, no bastando que éste la consigne en el instrumento, apoyándose en el solo dicho de los otorgantes.

¿A qué capacidad legal necesaria para testar se alude en el artículo 685? Ignoramos por qué á algunos comentaristas y críticos del Código les ha originado dudas tal extremo; porque esa frase es equivalente á la de testamentifacción activa, y ésta se halla bien determinada en el art. 673, ya extensamente por nosotros examinado. Tienen testamentifacción activa, según él, ó capacidad necesaria para testar, en general, todas aquellas personas mayores de catorce años que ni habitual ni accidentalmente padezcan enfermedad alguna mental que les prive de su sano juicio. De modo que bien fácil resultará á los Notarios y testigos

el indagar tales particulares para dar fe de dicha capacidad, ya por el examen profano del mismo testador ó por lo que conste da los documentos que se refieran á su identidad. No necesitan pensar en otras señales de la capacidad.

Claro es que en ocasiones el extremo referente á la edad, y principalmente el de sanidad de la mente, han de ofrecer alguna dificultad para afirmarlos con convicción plena, cuando el testador fluctúe entre los doce, catorce y diez y seis años, por ejemplo, y la cédula personal no pueda resolver tales dudas ó no pueda ser presentada entonces, ni suplirse su falta por algún otro dato documental ó de referencia autorizada, y cuando el que va á testar muestre algunas monomanías ó rarezas de carácter, que induzcan á sospechar de la normalidad de su inteligencia. En tales casos, ni al Notario ni á los testigos se les exige conocimientos facultativos ni dictámenes técnicos para discernir la edad exacta ó aproximada, ó la sanidad de la mente del testador; por lo que entonces, pesando en su honrada conciencia las razones que se les ofrecen para afirmar la capacidad legal del testador y las contrarias, si se deciden por la afirmativa solución, harán uso de la salvedad *á nuestro juicio*, indicadora de apreciación propia, discutible y sometida á otro parecer, pero que evita declaraciones dogmáticas que sería ridículo exigir á personas que es de suponer desconozcan la ciencia médica.

Aunque ese testamento fuera revisado en juicio contencioso é impugnada su validez y hasta resuelta su nulidad por resultar justificada la carencia de capacidad legal necesaria para testar de su autor, ni al Notario ni á los testigos les cabría la más mínima responsabilidad, porque ésta sólo la previene el Código para el caso en que aquéllos procediesen con malicia, negligencia ó ignorancia inexcusables, y éstas se probaren suficientemente, como cuando, v. gr., dieren fe de la capacidad de un niño, que á los ojos de cualquiera indique tener sólo ocho ó diez años, ó de una persona tenida en el pueblo conocidamente por un extraviado ó por un furioso. En el terreno de la apreciación, en el de la duda, en el de la diversidad de opiniones igualmente racionales, dentro de un criterio profano, el Notario y los testigos usan del término *«á su juicio»* ó *«en su concepto»* libre y honradamente, sin temor á sanción ni indemnización de ningún género, aunque el juicio pericial en lo futuro afirmara lo contrario.

Sin embargo, cuando se trate de un testador claramente loco ó declarado en forma como tal, ni el Notario ni los testigos, cuando el demente se halle en un intervalo de lucidez (como ya sabemos), pueden negarse á autorizar su testamento, cumpliendo los requisitos del art. 665 del Código.

En los testamentos en que no intervenga Notario, sino solamente testigos, ¿han de dar éstos fe también de la capacidad legal del testador? El tenor literal de los artículos 685 y 686 los excluye de tal misión, porque el párrafo 2.º del primero de dichos preceptos bien claramente se refiere sólo á la obligación de conocer al testador, obligación que en el párrafo anterior aparece bien diferenciada y examinada, aparte de la de dar fe de la testamentifacción activa. Ningún trabajo costaba haber englobado tales requisitos, ó al menos haberlos subordinado á unas mismas reglas, porque la persona que conoce al testador y así lo afirma en un documento público, también sabe, por ese mismo motivo, que es mayor de catorce años y que no es loco ó tiene en cualquier forma perturbado su juicio. Y estas mismas preguntas son las que se hacen y deben hacerse siempre por los Jueces que entiendan en las diligencias para elevar á escritura pública testamentos otorgados á la hora de la muerte y en tiempo de epidemia, sin intervención de Notario. La facultad de conocimiento es más comprensiva, en la mayor parte de las ocasiones, que la de apreciar la capacidad legal para testar de una persona, y en casos en que respecto de esta última surgiera alguna duda á los testigos, podrían afrontarla, si la estimaban en sentido afirmativo, con el uso de la salvedad de *«á su juicio»* ó *«en su concepto»*.

Insistimos en creer que el juzgar de la testamentifacción activa de una persona no supone conocimientos jurídicos, de suerte que sólo pueda formular tal apreciación el Notario. Aparte de que la ignorancia de las leyes no la supone el legislador ni aun en los testigos sobre tales materias, muy pocas personas dejarán de saber que para hacer testamento se necesita tener la cabeza despejada, formarse juicio de lo que se dice, no desvariar ni expresarse bajo el influjo de alguna manía, de algún arrebato de locura, de algún accidente epiléptico, de cualquier coacción, como dicen los Códigos portugués y mejicano, y tener la edad suficiente para gozar de un regular discernimiento. La prueba de la exactitud de esta observación la tenemos en que en los testamentos en que inter-

viene Notario y testigos, éstos, además de aquél, y con independencia suya, han de dar también fe de que, á su juicio, el testador disfruta de la capacidad legal necesaria para testar. Luego, no ha de suprimirse esta garantía cuando más necesaria debe parecer, dada la menor solemnidad que supone la falta de fe notarial, en los casos en que esto es posible, según el mismo Código, y cuando forma parte casi siempre de la facultad de conocimiento, que la prestan indistintamente Notario y testigos en todas las ocasiones en que intervienen juntos.

De lo dicho también se desprende que, bajo tal supuesto, podría tener aplicación el art. 686 á la fe de la testamentifacción activa, cuando ésta no pudiera determinarse claramente. En efecto, los documentos que conserve el testador y las señas personales del mismo contribuirían seguramente en muchos casos á establecer la edad de aquél y hasta la sanidad de su espíritu ó anormalidad de éste.

ART. 687. Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.

Concordancias.—Concuerda con el art. 588 del proyecto de Código de 1851. Igual al art. 682 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El artículo anotado alude, como se ve, á todo el capítulo I, que se ocupa en general de los testamentos, y consta de diez secciones, desde la reguladora de la testamentifacción activa hasta la que trata de la revocación é ineficacia de los testamentos, inclusive.

Ya en otros lugares hemos hecho insistentes observaciones respecto á la significación y alcance de esa declaración de nulidad, que el legislador establece para cuando se hayan infringido reglas que ataquen á lo esencial de dicha institución. Esa nulidad la han de declarar los Tribunales, en vista de la discusión litigiosa que ante ellos solemnemente se plantee, y previa re-

clamación de la parte interesada en la validez ó nulidad del testamento, que ostente personalidad suficiente para comparecer en juicio y acredite el carácter ó representación jurídica con que litiga.

La nulidad de que hablamos nunca podrá declararse de oficio, ó por acción pública, cuando los interesados más bien tácitamente acepten el testamento, ó se convengan en respetarlo, cual si se hubiera otorgado con todas las formalidades prescritas por el Derecho. Solamente en el caso en que, conocedores dichos Tribunales ó sospechando de que en tales testamentos se hubiere cometido un delito de falsedad, de estafa ó fraude, de falso testimonio ó de algún otro de los que se dice en Derecho penal que dan lugar á procedimiento de oficio, podrían los primeros interponer su acción espontáneamente, y aun contra el deseo de herederos y legatarios; pero no para declarar la nulidad del testamento en que tales delitos se cometieran, si dichos interesados no la reclamaren en forma, sino para la imposición del castigo correspondiente, y con ese efecto exclusivo. Hasta la indemnización por motivos de responsabilidad civil, que va aneja á la penal, no pueden imponerla los Tribunales si los perjudicados no la solicitan expresamente.

En tal sentido ha dictado multitud de fallos la Jurisprudencia, y así lo da á entender la índole característica de los derechos público y privado.

Repetimos lo que ya en otra ocasión hemos dicho: no creemos que haya ninguna Autoridad del orden judicial que se atreva á anticiparse ó apresurarse, examinando, mediante las fórmulas solemnes de un juicio, una disposición testamentaria sin requerimiento formal de parte interesada, y declare su validez ó nulidad cuando nadie se las pida, ni lo exija el carácter del procedimiento ó reclamación que de su resolución penda. Por esto afirma el Sr. Goyena que, si á pesar de la omisión y consiguiente nulidad, ha sido ejecutado voluntariamente el testamento nulo, no podrá después decidirse sobre su nulidad.

Con tales advertencias, pues, el precepto del art. 687 es justo, y más que justo, lógico, dentro del organismo testamentario que el Código establece. Las formalidades que éste prescribe obedecen, dentro de la manera de ser de cada forma especial de testar, á algo práctico y necesario, que es preciso respetar. Habrá unas

más indispensables y esenciales que otras; pero todas, generalmente juzgadas, tienen su razón de ser. Tal principio general, sin embargo, debiera admitir algunas excepciones: Resultaría á veces deplorable que por la omisión de un insignificante requisito, de la que se prevaliera un intrigante y descontentadizo heredero, que reclamase por ese motivo la nulidad del testamento, fuese forzoso que el Juez declarase ésta.

El Código chileno (art. 1.026), por ejemplo, excepciona algunas formalidades que, aunque sean incumplidas, no por eso anulan el testamento; tales son las relativas á la designación del nombre y apellido del testador, lugar de su nacimiento, Nación á que pertenece, vecindad, edad, sano juicio, lugar, día, mes y año del otorgamiento, nombre, apellido y oficio del Escribano, si asistiere alguno, y de cada uno de los testigos, los nombres de las personas con quienes hubiese contraído matrimonio, de los hijos habidos ó legitimados en cada uno, etc., etc., tanto en el testamento abierto como en el cerrado. Pues bien: omitidas estas formalidades ó cumplidas indebidamente, no por eso quedará ineficaz el testamento; siempre, claro es, como dice el segundo párrafo del citado art. 1.026, que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, Escribano ó testigo. Lo mismo hacen algunos otros Códigos extranjeros.

¿Qué inconvenientes se producirían de adoptar en el Código español un criterio de excepción análogo al expuesto? ¿No será en extremo violento que, por haber omitido el Notario ó los testigos la designación del lugar en que el testamento se otorgó, por ejemplo, haya de echarse á tierra por completo un testamento extendido en todo lo demás con la suma completa de las solemnidades ordenadas por el Derecho y cuando el extremo omitido podría igualmente deducirse de otras cláusulas ó del contexto general del instrumento testamentario, por ejemplo, de la determinación de la vecindad de los testigos, los cuales, como sabemos, han de estar avecindados ó domiciliados en el *lugar en que se otorgue* el testamento? Otro tanto decimos de muchas particularidades de transcendencia secundaria, cuyo incumplimiento parcial ó total, aunque no es conveniente que ocurra, no debe originar los muchas veces incalculables perjuicios y deplorables consecuencias en orden á los intereses del testador, de sus herederos y legatarios y hasta á las razones de moralidad y justicia.

Y en la forma genérica y comprensiva en que está redactado el art. 687, ni el requisito más mínimo queda excluído. Todos están comprendidos y llegarán á producir la nulidad del testamento, si no se ponen en práctica tal como lo ordena el Código, puesto que en ninguno de los preceptos restantes de éste se descubre atenuación alguna á tal regla general, que convierta á ésta en más racional y práctica.

Los requisitos á que se alude en dicho precepto se refieren todos al contexto general del testamento, afectan comúnmente á todas sus cláusulas, y por tanto, cualquier omisión en tal sentido anulará aquél también totalmente; mas, si por incidencia ó fortuítamente hicieran relación sólo á una de las cláusulas testamentarias, por ejemplo, á la que comprenda un legado ó legados, ya tenemos dicho que la institución de heredero se salvaría de la nulidad y quedaría válida y subsistente, interpretando por analogía el art. 764; y viceversa subsistirían los legados si la nulidad se refiriese exclusivamente á la institución de heredero.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Febrero de 1891, el Código no distingue entre «*formalidades*» y «*solemnidades*» propias de los testamentos, sino que, por el contrario, emplea indistintamente una y otra palabra por ser sinónimas y por referirse ambas á la forma ó modo de hacer el otorgamiento, como lo demuestra también el art. 699 de dicho Código. Hacemos esta aclaración á propósito de la palabra «*formalidades*» que emplea el art. 687.

SECCIÓN CUARTA

Del testamento ológrafo.

El Código comienza el examen detallado de las formas de testar por la más sencilla y de menor número de solemnidades, por la primer forma del testamento común, ó sea la ológrafa. La etimología de esta extraña palabra es lo que primero nos indicará el concepto que trata de representar; se compone de dos palabras griegas, *olos* y *graphos*, una de las cuales significa *entero*, y

la otra *escribir;* de modo que se trata de escribir por entero. Algo quiere esto decir, pero no lo suficiente para conocer la exacta naturaleza del testamento ológrafo. En éste, efectivamente, según dijimos ya al examinar la definición del art. 678, el testador escribe toda su última voluntad de su puño y letra, sin intervención de persona alguna extraña; pero también sucede lo propio en el testamento cerrado, si bien en éste puede ocurrir algunas veces que una tercera persona escriba el testamento dictando el testador y suscribiendo siempre éste. Según, pues, dicha etimología, en nada se diferenciarían el testamento ológrafo y el cerrado, escritos ambos en todas sus cláusulas por el testador. Hay una radical diferencia, sin embargo, entre ellos; al menos la que el uso y las legislaciones han establecido, con independencia del valor etimológico de las palabras; en el primero, el testador testa por sí y ante sí, sin auxilio extraño alguno, tanto coetáneo como posterior al acto del otorgamiento; y en el segundo, dan fe del acto del testador, aunque no del contenido del documento, un funcionario público investido de carácter privilegiado para el testimonio y terceras personas, garantizadoras de los derechos de herederos y legatarios y también representantes sociales en acto que á la sociedad en múltiples é interesantes aspectos puede importar.

De suerte que la característica diferenciadora más expresiva del testamento ológrafo, es la de ser acto exclusivamente otorgado por el testador, y que éste, á cualquier hora, en cualquier momento, puede anular, modificar, enmendar, por sí y ante sí, sin contar más que con su sola voluntad y los impulsos de su concien-

cia; de lo que también se deduce el otro carácter etimológico, porque si ha de ser la sola persona del testador la que figure en tal testamento, irremediable es que sea ella también la que escriba el documento, ya que no puede concebirse en principios de lógica el testamento ológrafo verbal.

Tal forma de testar, por su sencillez y fácil comprensión, parece que debió ser la propia de las edades antiguas, aun más, la de los primitivos tiempos, sobre todo desde que el testamento se concibió como el acto libérrimo por el cual una persona, sin otra traba que las referentes á la cuantía de los derechos sucesorios que debían reservarse en favor de determinados parientes, transmitía su fortuna para después de la muerte, como bien le pluguiese. No la conceptuamos propia de los tiempos de mayor progreso jurídico, como parece darlo á entender el jurisconsulto italiano Vittore Vitali, en su monografía *Del testamento olografo*, al afirmar que es una verdad que el espíritu humano procede siempre de lo compuesto á lo simple, y que eso sucede en lo relativo á la forma de los testamentos, por lo que la forma ológrafa fué la que tardó más en aparecer, pudiendo considerarse, bajo tal aspecto, de uso universal en las sociedades civiles, como argumento de mayor cultura y del progreso del Derecho.

El escribir cada uno su última voluntad á la hora que mejor le convenga, sin más que tener á su alcance medios para exteriorizarla en la escritura, sin contar con otros testimonios de los que dependa la eficacia de la manifestación testamentaria, parece facultad autorizada sólo por legislaciones nacientes, por organismos de Derecho nada complejos, cuando ni las desconfianzas

de la mala fe, ni las ingeniosas artes de la falsificación, ni las mayores habilidades de los tiempos, puestas al servicio del fraude, hicieron indispensable más crecido número de previsoras reglas jurídicas que salieran al encuentro de los nuevos peligros posibles contra la autenticidad y seguridad de los documentos testamentarios. No nos extraña, pues, que el insigne tratadista Pastoret, en su *Historia de la legislación* (tomo II, páginas 96 y 97), encuentre señales de testamentos ológrafos en los primitivos tiempos de Grecia y Atenas, y que asegure que se conservan algunos de griegos ilustres en forma ológrafa, aunque en estilo epistolar. Estos testamentos, según el mismo autor, se presentaban en dichos países al magistrado; y á la presentación asistían los testigos, los cuales, como tampoco aquél, no se enteraban del contenido del instrumento, ni certificaban de la disposición, sino solamente de que el testamento había sido presentado; y prueba de lo cual, era que el testador podía prescindir de la intervención de magistrado y depositar el testamento en manos de uno ó más amigos.

En Roma habla del testamento *holographum* el § *I de la ley 28, título XXIII, libro VI: Codex. Y el capítulo I de la Novela 107* de Justiniano regulaba el testamento de ascendientes en beneficio de los descendientes, *parentum inter liberos,* para el cual no se requería, siendo escrito, ni testigos ni otra solemnidad más que la de estar escrito, ó al menos firmado, de mano del testador, dándose en él á conocer el año, mes día de su otorgamiento y en el cuerpo el nombre de os herederos instituídos, poniéndose en letra la parte ereditaria que correspondiese á cada uno de ellos. En

tal testamento, sin embargo, no podía dejarse nada á persona extraña, ni desheredar, ni dar tutor á los descendientes, pues para ello se hacía preciso testar en forma ordinaria. Ese mismo testamento es el que todavía hoy parece vigente en Cataluña y el que el *Fuero Juzgo* y *las Siete Partidas* previeron en sus *leyes 15, título V, libro II, y 7.º, título I, Partida VI*, respectivamente.

En tal sentido, pues, no negamos que en el Derecho español tenga algún precedente el testamento ológrafo, aunque tanto el Código gótico como el alfonsino dictaron esas leyes exclusivamente (así nos parece) por la fuerza é incontrastable influjo de la tradición romana, que de modo principal dominaba y preocupaba en todas sus obras legislativas al Rey Sabio.

Pero de tal reconocimiento ¿podrían dedudirse las excelencias de esa forma de testar? ¿Merece esta última defensa á la luz de los principios jurídicos, de los de utilidad y conveniencia del testador y de los que deben informar una legislación prudente y previsora ante los ataques que á la inviolabilidad de los últimos pensamientos son de presumir desgraciadamente, por las enseñanzas que una constante experiencia nos está proporcionando en todos momentos? Cuestiones son éstas que hemos forzosamente de dilucidar en este lugar, como más apropiado para el caso, dada la novedad que en la esfera de los preceptos obligatorios ha traído á nuestra patria el novísimo Código civil, y cuestión en que, como ocurre pocas veces, la fuerza de la corriente jurídica, representada por el mayor número y por lo más escogido de los pensadores y tratadistas de Derecho, da ya por resuelta en sentido contrario al de una

forma de testar que conceptuaríamos solamente defendible entre personas santificadas por la educación y por las costumbres y en países cuya estadística criminal ofreciera vacíos los encasillados de delitos por falsificación de documentos.

¿Quién niega, ni sería capaz de negar que si no hubiera esos temores de atentado fraudulento, de posible é imperceptible adulteración de lo que el testador quiso que se tuvieran como sus postreras órdenes, el testamento ológrafo sería la forma de testar por excelencia? ¿Quién duda que en ese supuesto, debería á todo trance defenderse, por aquello de que en tal materia el Derecho ha de tender á facilitar cuanto sea posible la tarea del que se acoge á las ventajas de la sucesión testada, prefiriéndola á la intestada? Pero, porque esta máxima, práctica de buen sentido, sea cierta, y porque el legislador trate de favorecer cuanto pueda la ordenación de los testamentos, poniéndolos al alcance del mayor número y de todas las posibles contingencias en que el testador se encuentre al querer ó al verse en la necesidad de testar, ¿se admitiría nunca como válido el testamento de un moribundo comunicado á los supervivientes sólo mediante el dicho del enfermo?

Simplifiquemos todo lo posible las formalidades testamentarias (ya lo expresamos en otro comentario), pero no hasta el punto de dar por bueno todo acto de última manifestación que en cualquier forma exprese el testador. Y esto lo decimos y lo dicen los no partidarios del testamento ológrafo por interés de aquel mismo, y por la conveniencia de herederos y legatarios. Del testador, porque por el principio de que la voluntad del difunto es revocable y variable hasta la muer-

te, la verosimilitud indica y las enseñanzas de la vida confirman el hecho de que una persona haya otorgado solemne testamento abierto ó cerrado, y resulte, sin quererlo aquélla, revocado por uno ológrafo en el que aparezcan perfectamente imitadas la letra y rúbrica del verdadero testador.

Además, como dice un autor español, tal forma de testar no ofrece garantía alguna de la capacidad del que la emplea, así como de si obra violentado por fuerza irresistible, coacción ó miedo. Las disposiciones generales á toda clase de testamentos en lo que á la persona del testador se refiere, indican que no conviene dar plena fe á lo que éste afirma en su escrito; no habiendo posibilidad de cerciorarse si en ese momento es mayor de veintitrés años, si se hallaba en su sano y cabal juicio, si dictó sus disposiciones bajo el influjo de causas á él extrañas. Y como la parte procesal de esta sección cuarta, en cuanto hace referencia á las diligencias de protocolización del testamento ológrafo, para nada se acuerda de la comprobación de la capacidad del testador y demás extremos referidos, resultará que, á no pasar el Juez por encima de la letra de tales preceptos, quedarán sin dilucidar requisitos de tal entidad, que afectan por entero á la esencia y sustancia de la institución testamentaria; y el heredero ó legatario perjudicados ó interesados en que aquélla no prevalezca, aun plenamente convencidos y asegurados moralmente de los motivos de nulidad que harían ineficaces los testamentos abiertos ó cerrados, no pueden en la forma ológrafa intentar reclamación de ninguna especie, por no contar con pruebas legales y de las únicamente admisibles en los Tribunales de justicia.

Aparte de las circunstancias antes citadas, hay algunas otras de imposible comprobación. ¿Quiénes habrá, aun de entre los testigos á que alude el art. 691, conocedores de la letra y firma del testador que puedan asegurar, sin duda racional alguna, que el testamento se haya escrito y firmado de mano propia de su verdadero autor, que éste se encontraba en el *minuto, hora ó momento* en que dió forma á sus últimas disposiciones libre de toda anormalidad en su inteligencia y en su voluntad y de toda influencia nociva y extraña? ¿Quién es capaz de adivinar, ni menos afirmar, bajo la solemnidad de un juramento judicial, lo que pudo ocurrir en el aislamiento de una alcoba, en la soledad de un gabinete, sin otros testimonios que la propia conciencia del suscritor del testamento, perfecta ó imperfectamente iluminada por la luz de una razón serena, ó la tercera persona que, como maligna Sibila, testa ella sola, valiéndose como instrumento del que resulta entonces testador en apariencia ó simplemente á los ojos de la ley?

Podrán en algún caso darse análogos peligros en el testamento cerrado, antes de que el pliego que lo contenga llegue en debida forma á ser autorizado por el Notario y los testigos, mediante el acta que sobre aquél han de suscribir; pero, aparte de que en la naturaleza y en las relaciones jurídicas son irremediables ciertas contingencias, cuyos inconvenientes hay que tratar de sortear de la mejor manera posible, autorizando el pliego y, por tanto, el testamento, desaparece todo motivo de temor por su posible adulteración, porque ya resulta muy difícil obtener el concurso de varias personas para lograr tal objeto ilícito, y habría

no de frente, no por ley, en nuestra legislación, constituyen todavía un verdadero semillero de pleitos y un germen de causas criminales, y eso que tienen su raíz en el testamento; y cuando por ensayo se ha lanzado así en nuestro Derecho una institución nueva, y se observa que ha producido fatales resultados, aumentando considerablemente la criminalidad en los delitos de falsedad, quitando garantías á las sucesiones testamentarias; cuando ese espectáculo se observa, es increíble que ni siquiera se hayan puesto algunas mayores limitaciones á una nueva forma de testamento tan expuesta en la práctica á peligros tan evidentes y tan transcendentales.

Menos mal si siquiera se admitiese el testamento ológrafo como forma supletoria de testar en determinadas circunstancias de la vida ó para suplir, ampliar ó modificar un testamento solemne anteriormente otorgado, siempre que esto se hiciera con las verdaderas garantías para el caso requeridas, y de manera análoga á lo que antes venían logrando las memorias testamentarias.

El jurisconsulto aragonés, Sr. Morales y Gómez (en opúsculo que ya en otra parte recordamos) expresa sobre el particular un juicio que traduce, mejor que otro, nuestras ideas del momento.

«No es ciertamente la mejor época la actual para admitir una forma de testamento en la que toda la garantía consiste en la letra del testador, pues las sorprendentes imitaciones que hoy se hacen, hasta el punto de que han ocurrido casos en los que, no peritos calígrafos, sino la misma persona que escribió un documento no acertara á distinguirlo de la imitación, obligan á mirar

aquéllos con justa desconfianza, y antes de admitirlos ciegamente, conviene examinar si sería más acertado que lo fueran como supletorios, continuando además como privilegiados en ciertos casos, y si se les había de rodear de las mayores garantías con que se conocen en los varios Códigos; y desde luego creemos que, de darles cabida en el nuestro, debía ser con aquel carácter, siendo escritos, fechados y firmados por el testador, y no prescindiendo de la suscripción de los testigos y entrega á un Notario, si hubiere tiempo y términos hábiles para ello; y si se pudiese realizar la entrega, exigiendo las necesarias diligencias para su comprobación. «Quizá se objete que, así limitado el testamento ológrafo, es de más complicación que el llamado nuncupativo, sin presentar ninguna ventaja; pero en los muchísimos pueblos en donde no hay Notario, vendría á ser de utilidad innegable, pues el testador podría escribir en un pliego su disposición, y después de cerrado, subscribirlo en la cubierta nuevamente con los testigos, ó al final si lo otorgaba abierto.»

En efecto: estas, ó muy semejantes, son nuestras opiniones.

No está el inconveniente de la forma ológrafa precisamente en que el testador firme y suscriba por sí solo el pliego que contiene el testamento, sino en que ninguna otra garantía externa posterior asegure á los sobrevivientes que aquel pliego es el mismo que escribió, en la forma en que aparece, su verdadero autor. Repetimos que por más que se busquen nuevos horizontes para hacer la clasificación de los testamentos, no será posible inventar forma alguna que no corresponda ó al testamento público ó al secreto; por cuyo

motivo, la ológrafa no constituye en realidad grupo aparte, por cuanto el testador puede dejar, según ella, su testamento en pliego cerrado ó en un papel sin envoltura de ningún género. Y por esto, nos parece que, aun como forma de menores solemnidades, debía exigirse que alguna de éstas concurrieran, ya de la índole de los del testamento abierto, ó ya de los del secreto, según el testador hiciera el testamento ológrafo, en forma reservada ó pública.

En pueblos donde faltara Notario ¿no representaría alguna mayor garantía y seriedad el hallarse la cubierta del testamento ológrafo cerrado, suscrita por el párroco, y por dos ó tres testigos simplemente? ¿No debe suponerse que el testador tenga en su compañía siempre algunas personas hábiles para testificar, las cuales sirvan para autorizar con sus firmas la identidad del documento en que se halla expresada la última voluntad? Es de tener en cuenta que el testamento ológrafo se ha de otorgar en instantes de tranquilidad, previsión y orden, mediando la calma necesaria para lograr el concurso de todas las formalidades que en el caso supuesto hicieran depender la eficacia del mismo de alguien más que de quien lo escribe y suscribe; toda vez que para los momentos de apuro y urgencia quedaría en vigor el testamento del que se halle en peligro inminente de muerte.

En una palabra, queremos equiparar, por lo menos, el acto de otorgamiento de un testamento al más sencillo de la vida, en las relaciones jurídicas. Para transmitir, por documento privado, la propiedad de un objeto mueble ó inmueble de la menor importancia, el rústico labriego, el más indocto propietario, ¿no hace

intervenir en el recibo ó cuartilla de papel en que se extiende el contrato, á dos personas extrañas, que den fe de él, además de las partes contratantes? Y el que, en otra esfera de mayor solemnidad, vende su humilde casa, ¿no acude por su iniciativa, ó por la del comprador más probablemente, á la intervención notarial y testifical á la vez, para lograr ver asegurados sus derechos é intereses? La ley del Notariado vigente, ¿no prescribe, en su art. 20, que está prohibido á los Notarios autorizar ningún instrumento público *inter vivos* sin la presencia *al menos* de dos testigos? Pues esto, lo *minimum* en uno y otro caso, exigimos nosotros para el testamento ológrafo, que puede, en muchas ocasiones, ser medio de transmisión de inmensas, de colosales fortunas, ya que para todos los casos se halla hoy establecido en el Código.

***

Sólo en la forma excepcional y supletoria á que antes nos hemos referido es como se conoció en España el testamento ológrafo, y en ese sentido únicamente cuenta entre nosotros con precedentes nacionales.

El Código de las Leyes y de las Partidas lo regularon sólo para el caso de los testamentos entre ascendientes y descendientes; y el precedente más próximo que tenemos, que es el de las Ordenanzas del Ejército, por virtud de la interpretación que prevaleció en la práctica, autorizaba al militar para testar, aun en tiempo de paz, bastando que consignase su última voluntad y por su propia mano, en un pliego de papel. Pero de esta especie de premisas, para casos particulares, se han querido sacar conclusiones de carácter

general, haciendo que una forma de testar propia solamente de momentos excepcionales, que hacen imposible el cumplimiento de otras formalidades más solemnes, se haga de uso universal y sea la primera que se estudie en nuestro Código, para dar á entender que es la más corriente é indicada en todos los casos.

Ni siquiera en la misma Francia—á imitación de cuyo Código Napoleónico otras legislaciones admitieron el testamento ológrafo—tuvo éste en un principio un carácter general, porque en las regiones del llamado Derecho escrito no se permitía sino como forma privilegiada en los testamentos de los padres á los hijos; ya que la Novela Valentiniana ó Teodosiana, que no formaba parte del Código Justiniáneo, tampoco llegó á incorporarse á dicho Derecho; en las provincias de Derecho no escrito, ó sea aquellas en que sólo imperaban los estatutos ó las costumbres, regía la disposición que tomó cuerpo en el primer proyecto de Código civil francés, según el cual, la donación por testamento puede ser hecha por acto público ó por escritura privada.

Los Códigos que aceptan el testamento ológrafo son: el francés (art. 970), el italiano (art. 775), el holandés (979), el austriaco (577 y 578), el de la Luisiana (1.579), el de la República Argentina (3.639 á 3.650), el de Bolivia (662), el del cantón de Vaud (448), el del cantón de Friburgo (794), el del cantón de Neuchatel (710) y la ley especial del cantón de Saint-Gall (64). No admiten tal forma de testar los Códigos de Portugal, de Sajonia, de Méjico, de Guatemala, del Uruguay, de Chile, de Alemania, de los Estados Unidos, el Código sardo y las leyes inglesas.

La legislación foral tampoco admite dicho testa-

mento; y únicamente en Cataluña el testador puede adoptar la forma ológrafa cuando teste á favor de sus hijos y demás descendientes, de conformidad con la *Novela 107* de Justiniano, tenida en el Principado como Derecho supletorio. El Tribunal Supremo ha confirmado la procedencia de ese testamento en el país catalán, según lo dan á entender las sentencias de 17 de Diciembre de 1860, 11 de Octubre de 1869, 28 de Diciembre de 1876, 18 de Enero de 1879, 26 de Marzo de 1881, 10 de Marzo de 1882 y 1.° de Julio de 1887.

Al examinar aisladamente los preceptos que componen esta sección cuarta, completaremos el concepto y principales caracteres del testamento ológrafo, sobre todo al estudiar el art. 688, ya que los restantes bien puede decirse que comprenden únicamente disposiciones procesales, colocadas impropiamente en un Código sustantivo. Disculpable es, sin embargo, esta falta por la imprescindible necesidad en que se encontró el legislador de darles cabida en la categoría de preceptos complementarios de la forma ológrafa y de otro lado por no haberle sido en aquel entonces posible introducir en la ley de Enjuiciamiento civil las reformas consiguientes á dicho objeto.

Art. 688. El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad.

Para que sea válido este testamento, deberá extenderse en papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento y estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Si contuviere palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

Concordancias.—Análogo al art. 564 del proyecto de Código de 1851, igual en los párrafos 2.° y 3.° al 684 y análogo en su último párrafo al 685 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, libro segundo, título V, ley 15.*—...Cada uno omne deve escreuir su manda con su mano, e diga special mientre que manda fazer de sus cosas, o a quien las manda, e notar y el dia y el anno en que faze la manda, e despues que tod esto oviere escripto, escriva en fondon de la carta que lo confirma con su mano...

Partida 6.ª, tit. 1, ley 7.ª—... La segunda manera es, que si el padre supiesse escreuir, que lo puede fazer de su mano, diziendo en el los nomes de todos sus fijos, e todo su testamento en que manera lo faze, e como lo ordena, e sobre todo deue el assi escreuir: Todo quanto en este testamento escreui, quiero que sea guardado...

ART. 689. El testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo con este objeto al Juez de primera instancia del último domicilio del testador, ó al del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento. Sin este requisito no será válido.

Concordancias.—Art. 592 (primer apartado) del proyecto de 1851. Análogo al art. 686 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Fuero Juzgo, libro segundo, titulo V, ley 15.*—... E depues que los herederos e sus fiios ovieren esta manda, fasta XXX annos muéstrenla al obispo de la tierra,

o al iuez fasta VI meses y el obispo ó el iuez tomen otros tales tres escriptos, que fuesen fechos por su mano daquel que fizo la manda; e por aquellos escriptos, si semeiare la letra de la manda, sea confirmada la manda. E despues que tod esto fuere connoscido, el obispo o el iuez, o otras testimonias confirmen el escripto de la manda otra vez, y en esta manera vala la manda.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 688 Y 689.

I. *Restricción introducida por la nueva edición del Código civil, respecto de la capacidad para otorgar testamento ológrafo.*—El primer párrafo del art. 688 es nuevo. No existía en la primera edición del Código; y, en efecto, en la exposición que precede á la segunda edición, se dice por sus ilustres autores que, con la mira de asegurar la autenticidad de las disposiciones testamentarias y de alejar el peligro de las falsedades, se ha restringido la facultad de hacer testamento ológrafo, concediéndola tan sólo á los mayores de edad, aunque baste la de catorce años para testar en otra forma. No fueron, sin duda alguna, ajenos á esta muy importante y laudable modificación los meritorios esfuerzos de los oradores que en el Congreso de los Diputados y en el Senado hicieron objeto preferente de sus críticas la redacción deficiente del primitivo art. 688, sobre todo de los Senadores Sres. Silvela y Comas. Los argumentos de éste, de modo principal, debieron decidir la reforma, al evidenciar que la letra de los niños de catorce, quince, diez y seis y hasta diez y siete años, mal podría servir para dar sello de autenticidad á cualquier testamento, atendido sólo ese extremo, ni tampoco la de los estudiantes; no teniéndose, además, á la edad de catorce años, firma alguna en documento público, con la cual pueda hacerse la confrontación de la que se estampase en el testamento ológrafo. Y si, tratándose de los estudiantes, se acudiera á las firmas que ponen en los libros de exámenes, después que han pasado por el duro trance de ser examinados, con todo el susto y desasosiego que es de suponer en tales casos, no habría ningún testamento ológrafo cho por aquéllos que se pareciese á su letra.

*
* *

II. *Consideraciones generales acerca de los requisitos que deben concurrir en la redacción del testamento ológrafo.*—Ha de estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue, y deberá extenderse en papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento. Estas son las solemnidades más fundamentales que debemos elegir entre las que comprende el art. 688, puesto que las de sus párrafos tercero y cuarto, unas constituyen aclaración ó detalle accidental de lo ya dicho, debiendo formar un precepto aparte la disposición final. El extremo de que dicho testamento ha de estar escrito todo entero y firmado por el testador, es el más esencial y característico, lo que precisamente exige la etimología de la palabra «*ológrafo*», según ya hemos dicho, lo que constituye el elemento diferenciador del testamento ológrafo respecto de los demás. A este propósito, dice el jurisconsulto italiano Vittore Vitali que no sería testamento ológrafo la cédula testamentaria que estuviese escrita en alguna parte por mano de otro, como dejaría de tener los caracteres del triángulo aquella figura geométrica á la que le faltasen uno de los tres lados ó de los ángulos. Y dice el mismo autor que esa forma de testar se distingue del testamento público en que éste se escribe por mano de Notario y en aquélla lo hace el propio testador; y se distingue del secreto, en que la cédula en que éste consta, aunque puede revestir los caracteres del testamento ológrafo, puede también ser escrito por mano de un tercero; diferenciándose asimismo los tres por su forma extrínseca y por la cualidad del autor instrumental, pues mientras el testamento público es auténtico, y el secreto mixto, el ológrafo es eminentemente privado. Esta observación, dentro de nuestro Código civil, tiene en contra suya únicamente las excepciones de los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte y en tiempo de epidemia.

Es tan rigurosa la exigencia de que el documento se halle todo él escrito y firmado por el testador, autógrafo, en una palabra, que algunos Códigos, como el de la República Argentina (artículo 3.640), ordenan que si contuviere algo escrito por mano extraña y formare parte del testamento mismo, el testamento será nulo si lo escrito lo fué por orden ó consentimiento del testador. Sin embargo, no debe llevarse tan al pie de la letra tal prescripción, porque si no podría cualquier persona ex-

traña anular, por el capricho de un momento, un testamento otorgado con todas las solemnidades correspondientes. Por esto dicen los jurisconsultos Goyena y Rogron, en sus respectivas obras, que ya antes de ahora repetidamente hemos citado, que una palabra escrita de mano extraña anularía el testamento; pero si se encontrara interlineada no daría lugar á la nulidad, porque entonces su existencia sería bien precaria si se le pudiera destruir por un medio tan fácil. Se entiende en nuestro Derecho que tal palabra interlineada es letra del testador cuando, de conformidad con el apartado tercero del art. 688, se encuentre salvada bajo la firma de aquél al final del testamento.

Y los Tribunales franceses han llegado á más: á declarar que la existencia de notas con lápiz, raspaduras, enmiendas ó adiciones escritas también por mano extraña no vician el testamento, si se puede acreditar que esas adiciones, hechas con el consentimiento y bajo la inspiración del testador, se refieren á la ejecución de un proyecto al cual el testador ha renunciado. Lo mismo, según Goyena, debe decirse de lo tachado ó rayado (á no ser en parte sustancial, como la fecha ó firma), que no valdrá, sin perjudicar en lo demás á la validez del testamento. También tiene dicho la jurisprudencia francesa (á la que con preferencia hemos de acudir en este *Comentario*, por ser la que ha decidido más cuestiones sobre testamento ológrafo y por ser en ese país tal forma de testar más antigua y usada que en el nuestro, donde pocos casos litigiosos se habrán presentado desde el año de 1889 acá), que si es cierto que el testador, al trazar la escritura de un testamento, no ha podido darse cuenta ni del valor de los caracteres que trazaba ni de la significación de las palabras que reproducía, el testamento podía declararse nulo.

Por esto, la interpretación del párrafo 3.° de nuestro artículo, de que las palabras tachadas, enmendadas ó entrerrenglonadas han de salvarse bajo la firma del testador, no puede tener alcance alguno de transcendencia para los efectos de la nulidad del testamento. El que existan tales palabras en un testamento ológrafo nada dice en contra de la validez de éste. Es conveniente, y hasta exigible, que aquéllas se tengan en cuenta para salvarlas al final del documento; pero si no se han salvado, se tendrán por no puestas y se prescindirá de ellas, suponiendo que no han sido hechas por el mismo testador, á no ser que recaigan sobre objeto princi-

pal de la disposición, como tratándose del nombre del heredero, del legatario, de la cantidad hereditaria transmitida, etc., en cuyo caso es imposible dar valor al testamento en que tales palabras se encuentren, pues dudándose muy fundadamente de la identidad de los caracteres alfabéticos, y de quién los ha trazado, desaparece el único motivo y razón de ser en que descansa dicha forma de testar, que sólo se respeta y resulta eficaz en cuanto puede racionalmente acreditarse que el testador, por su propia mano y por su sola inspiración, dió forma á sus últimos pensamientos en orden á la distribución de su peculio y á lo que ha de observarse después de su muerte.

Los Tribunales franceses han declarado también que las raspaduras y las enmiendas no vician el acto; solamente son nulas las palabras que se encuentran en ese caso, y lo propio acontece con las interlineadas, aunque no hayan sido aprobadas, si además han sido escritas al mismo tiempo que el cuerpo del documento; correspondiendo proporcionar la prueba de que se han añadido después al que afirme este extremo.

De modo que, para que puedan estimarse como parte integrante de un testamento ológrafo las palabras tachadas, enmendadas ó entrerrenglonadas que en él se encuentren, han de aparecer salvadas por el testador bajo su propia firma.

Así debe entenderse el correspondiente párrafo del art. 688.

***

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de nuestro país también se inclina resueltamente del lado de este tan jurídico criterio, y por su importancia, y como aclaración del párrafo 3.º del artículo 688, vamos á dar cuenta de una notable sentencia dictada por dicho Supremo Tribunal en 4 de Abril de 1895, é inserta en la *Gaceta* de 5 de Agosto del mismo año.

El caso es el siguiente:

A) En dos pliegos de papel del sello de 12.ª clase del año 1892, números 2.584.291 y 2.584.290, colocado éste dentro de aquél, aparece escrita al lado del sello, á la derecha del que lee, la palabra Agosto, de 30 milímetros de largo, y debajo un trozo ó raya de tinta de 35 milímetros, también de largo, siendo la distancia recta de dicha palabra al sello 15 milímetros; la diagonal á la

línea inferior del mismo sello, 20 milímetros; la perpendicular, tomada desde la letra A hasta la primera línea de lo escrito, 37 milímetros; la diagonal, adonde debió principiar dicha línea, ó sea hasta el margen de la izquierda, 106 milímetros, y 54 milímetros adonde empieza lo escrito, lo cual literalmente, pero corregida su ortografía, es como sigue:

«En la ciudad de Sigüenza, á 29 de 1890, estando yo la infrascrita, Balbina Pardo y Oter, hija legítima de Baltasar Pardo y de María Josefa Oter, ya difuntos, encontrándome por disposición divina huérfana de padre y madre, y estando libre de toda coacción, gozando, por la gracia de Dios, del uso de mis sentidos y con salud bastante regular y no teniendo parientes próximos que se puedan llamar herederos forzosos, por no haberlos de la rama ascendente y no haberlos tampoco sucesores, por haber vivido siempre soltera, y deseando regularizar mi última voluntad por lo que pudiera suceder si Dios dispusiera de mí, otorgo este testamento ológrafo, según me lo autoriza la ley, y en él, después de considerarlo detenidamente y consultarlo con personas instruídas y timoratas, después de encomendarlo mucho á Dios, consigno mi voluntad en los términos siguientes: Habiendo, por especial privilegio de Dios Nuestro Señor, nacido en el seno de la Iglesia Católica, me honro más que de ningún otro título con el de cristiana, y creo y confieso todas las verdades que cree y confiesa Nuestra Santa Madre la Iglesia Católica, Apostólica y Romana; adoro los misterios de la Santísima Trinidad, de la Encarnación y de la Eucaristía; entrego mi cuerpo a la tierra y creo que ha de resucitar de entre los muertos, como lo enseña el Símbolo de nuestra Religión; entrego por fin mi alma al Criador que la formó, y á la cual deseo ayudar aún en la otra vida, como he procurado por ella durante ésta. Y para que así sea, declaro y es mi voluntad que, en primer lugar, se atiendan y se cumplan las disposiciones siguientes:

Primera. Me vestirán, después de muerta, de hábito del Carmen, y colocado el cadáver en su caja de zinc, le colocarán, si es posible, en el mismo sitio donde descansan los restos de mis padres, ó en el de mi hermana Ricarda, y que se me hagan funerales al tenor de los que se hicieron á mi hermana Ricarda.

Segunda. Dejo por heredera *á mi propia alma para su provecho, juntamente las de mis padres, y hermanos,* es mi voluntad que se

adjudiquen 10.000 duros para una fundación de misas perpetuas, cuya suma podrán disfrutar tranquilamente y en conciencia mientras llenen las cargas de una misa diaria, y con obligación de restituir el todo ó la parte que corresponda á la omisión si si alguna hubiere; asimismo quedarán los encargados de esta fundación libres de su compromiso el día en que por alguna causa ajena á su voluntad y exenta de las circunstancias ordinarias se perdiese el capital.

Tercera. Habiendo recibido innumerables consuelos de la Religión católica, á la cual tengo la dicha de pertenecer y en la cual quiero vivir y morir, y conociendo por mí misma y por muchas personas que me rodean de cuánto provecho espiritual es para esta ciudad de Sigüenza, donde he tenido la dicha de nacer y vivir, y en la cual deseo ser enterrada juntamente á las cenizas de mis padres y de mis hermanos, la existencia en esta ciudad de una Comunidad religiosa que atienda á todas las horas á los fieles que lo necesiten en sus desconsuelos espirituales y temporales, para gloria de Dios Omnipotente y para provecho de las almas, es mi voluntad que se entreguen al Sr. Visitador de la Congregación de la Misión de San Vicente de Paúl la cantidad de 20.000 duros, para que él y sus sucesores, supuesta siempre la venia del Prelado, hagan residir en esta población cinco ó seis Sacerdotes de su Congregación para que puedan llenar sus oficios propios de los hijos de San Vicente de Paúl, según sus reglas é instituciones, con obligación asimismo de tener iglesia ó capilla pública, para que los fieles de esta ciudad puedan oir las misas que se celebren y pedir en ellas por el descanso de la donante; asimismo con confesonario abierto para las personas que lo deseen; suplico que me hagan un aniversario cada año; y es mi voluntad que si por cualquiera causa ajena á la voluntad de los Superiores de la Congregación de la Misión no pudieran residir los padres en esta ciudad, disfruten pacíficamente este capital donde puedan trabajar, sin que nadie les pueda tomar en cuenta.

Cuarta. Deseando cooperar al bien espiritual de los fieles cristianos y hermanos míos en Cristo Jesús de esta diócesis, es mi voluntad que se haga entrega de la suma de 4.000 duros al Prelado de Sigüenza para que á su voluntad, y siempre á los más dignos, conceda las becas correspondientes á esta suma en el

Seminario conciliar á estudiantes de Sigüenza, sin que puedan llamarse á esta posesión los parientes de mi familia, si realmente no son ellos los más dignos, á excepción de mi primo Joaquín Oter.

Quinta. Y para que las doncellas de esta ciudad mayores de once años de edad puedan tener educación propia de su sexo gratuítamente y sin peligro de perder la inocencia propia de su edad, antes bien recibir ayuda espiritual en las luchas que tanto combaten á la moderna juventud, es mi voluntad que se haga entrega á la Reverenda Madre de las Hijas de la Caridad de San Vicente de Paúl de la suma de 4.000 duros, para que ella y sus sucesores hagan residir en esta ciudad dos Hijas de la Caridad capaces de regir convenientemente una escuela de adultas conforme al uso ordinario de los establecimientos de esta índole, con obligación de atender al menaje indispensable á su buen criterio con las pensiones de las educandas ricas, haciendo propio todo lo que reste, sin que nadie les pueda tomar cuenta; suplicando se acuerden de rezar un Padre-nuestro al empezar y concluir la clase por el alma de la donante.

Sexta. En prueba del cariño que siempre he profesado á los que Dios se dignó hacer mis allegados por título de parentesco, y para que rueguen por el eterno descanso de mi alma, mando á mi tío Miguel Oter la cantidad de 1.000 duros, á mi tía Elvira otros 1.000 duros y á mi tía Sor Corazón de Jesús 1.500, que recibirán en fincas rústicas ó en dinero, á voluntad de los testamentarios.

Séptima. Dejo para la Comisaría de la Cruzada lo que corresponda según ley de Estado y en proporción á mi capital.

Octava. Y si resta alguna cantidad después de cumplidas mis mandas, pagadas mis deudas y cumplidos los funerales, quiero que dicho residuo se divida en tres partes iguales: la primera, para reparo de las iglesias de esta ciudad, y que se entregará á los Sres. Párrocos ó Tenientes de ellas; la segunda, á los señores Presidentes de las Conferencias de San Vicente de Paúl para distribuirlo á los pobres socorridos por la Asociación; y, últimamente, la tercera á los Sres. Párrocos, para que lo distribuyan á los pobres ás necesitados de sus respectivas parroquias. Dejo por testamen·rios ó albaceas á los Sres D. Tomás Sevilla, D. Victoriano Cirues y al Superior de la Casa Misión de Sigüenza, ó, en su defecto, quien nombre el Sr. Visitador de dicha Congregación, los cuales

harán que se cumpla esta mi voluntad tal como queda expresada en este testamento, y sin que haya nadie que, fuera de los designados, ya juntos si viven, ya uno de ellos si los otros se han muerto, pueda inmiscuirse en este asunto con derecho; y quiero que se cobren las dietas que fueren necesarias para desempeñar esta mi última voluntad=Balbina Pardo y Oter Vela y Serrano», con rúbrica, leyéndose al final de la cara séptima, en cuyo último cuarto termina lo copiado, la palabra *Vuelta*, y en la cara octava se halla la siguiente:

«NOTA. Es mi voluntad que sea también mi testamentario el Reverendo Padre Sr. D. Eladio Arnáiz, Presbítero de la Congregación de la Misión.=Balbina Pardo y Oter Vela», con rúbrica. «Además es mi voluntad que si al tiempo de mi muerte no hubiera bastante capital para cumplir todos mis legados, serán cumplidos los números 1.°, 2.°, 3.° y 5.° con preferencia y los otros quedarán sin cumplir.=Balbina Pardo Oter Vela Serrano», también rubricado.

B) En el transcrito documento es de notar, además de lo dicho al principio respecto de la palabra «*Agosto*», que en la segunda línea de la primera cara, la palabra «*de*» que está colocada entre las dos cifras «*29*» y «*1890*», aunque no está escrita sobre raspado, ó por tener el papel en aquel lugar menos cuerpo, ó por otra causa diferente á las demás de su clase lo parece. El apellido «*Oter*», que se halla en la línea tercera de la primera cara, tiene enmendadas sus dos últimas letras.

La letra *i* de la palabra *hija*, de la misma línea, está escrita entre renglones.

Las sílabas «*signo*» con que empieza la segunda cara, y que con la de *con*, en que termina la primera, forman la palabra *consigno*, tiene la letra *n* también escrita entre renglones.

La última palabra de la primera línea de la tercera cara tiene enmendada la primera vocal y no se sabe si es para ó *pero*.

En la línea tercera de la misma cara, cláusula 2.ª del testamento, la palabra *duros* de un legado para una fundación de misas, tiene enmendada la *u*.

La línea vigésima de dicha cara tercera empieza con la palabra *de*, que está cruzada ó tachada por raya delgada de tinta, más bien diagonal que perpendicular, pero leyéndose perfectamente esa palabra.

En el mismo renglón está escrita sobre raspado la palabra *vecas*.

En la línea séptima de la citada cara quinta están cruzadas ó tachadas por dos rayas de tinta rectas y paralelas las palabras *los más d*.

En la línea décimatercera de igual cara, cláusula 5.ª del testamento, están escritas sobre raspado las palabras *sexo gratui;* y en la línea séptima de la séptima cara, cláusula 9.ª, la conjunción *ó* de *testamentarios ó albaceas* está escrita entre renglones, siendo muy pequeña, pero distinguiéndose el acento con el auxilio del lente.

Al pie de la segunda cara, en que termina la cláusula 1.ª, y ocupando las dos últimas líneas de aquélla, se lee: *Nota.* «*Los renglones cuarto, quinto, sexto y séptimo, tienen borradas, el primero una palabra, el segundo dos, el tercero dos, el cuarto una*», siguiendo una raya hasta el fin del papel y debajo otra formando ondas; debiendo ser las palabras á que dicha nota se sefiere las de *otro* de la cuarta línea, que efectivamente parece borrosa ó borrada, menos en la última *o;* advirtiéndose en la misma línea una «*l*» también borrosa; *berdades,* de la quinta línea; *católica apostólica,* de la sexta; y *Trinidad,* de la séptima, que también aparecen borrosas.

Al final de la quinta cara, que acaba con la palabra *capaces,* de la cláusula 5.ª, se ve asimismo lo siguiente: *Nota:* «*En el séptimo renglón hay una chaza*» y luego una raya hasta el final del papel, hallándose efectivamente en el citado renglón las palabras *los más d,* que están tachadas ó cruzadas por dos rayas paralelas, y á las cuales debe referirse la palabra *chaza,* porque en esa línea no hay nada con que pueda confundirse; y advirtiéndose, por último, que de las otras caras del documento, la primera, tercera y cuarta tienen al pie una rúbrica en forma de lazo ó madeja y algo parecida á las tres que forman parte de las firmas del documento; no viéndose otras rúbricas semejantes ni al final de las caras segunda y quinta, en que están las notas ya referidas, ni al de las sexta, séptima y octava.

C) La testadora Doña Balbina Pardo falleció en Sigüenza el 6 de Marzo de 1891 bajo el testamento que queda transcrito, y el día 9 del mismo mes, el Superior de la Casa Unión de San Vicente de Paúl presentó al Juzgado el aludido testamento, y cum-

plidas las diligencias y comprobaciones ordenadas por la ley, se pronunció auto mandando protocolizarlo notarialmente.

En 15 de Abril de 1891, una tía carnal de la testadora interpuso demanda pidiendo se declarase la nulidad del testamento, en atención á las faltas que en el mismo se señalan. Seguido el pleito en ambas instancias y resuelto en sentido afirmativo de la validez, se interpuso recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 688 y 687 del Código civil.

D) El Tribunal Supremo denegó el recurso apoyándose en los siguientes

Considerandos:

1.° Que la sentencia no infringe el art. 688 del Código civil, como se afirma en los tres primeros motivos, puesto que para sostener su infracción parte la recurrente del equivocado supuesto de que el testamento ológrafo que contiene, como el de Doña Balbina Pardo y Oter, palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, y no las salva el testador bajo su firma, según previene el párrafo 3.° del citado artículo, es nulo, cuando en realidad tal omisión sólo puede afectar á la validez y eficacia de la palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, y nunca al testamento mismo; ya por estar en párrafo aparte de aquel que determina las condiciones necesarias para la validez del testamento ológrafo, ya porque, de admitir el sentido que da el recurso al citado párrafo 3.°, se llegaría al absurdo de que pequeñas enmiendas no salvadas, que en nada afectasen á la parte esencial y preceptiva del testamento, vinieran á anular éste; y ya porque el precepto contenido en el dicho párrafo ha de entenderse en perfecta armonía y congruencia con el art. 26 de la ley del Notariado, que declara nulas las adiciones, apostillas, entrerrenglonaduras, raspaduras y testados en las escrituras matrices, siempre que no se salven en la forma que se previene, pero no el documento que las contenga; esto aparte de que, como acertadamente se consigna en la sentencia recurrida, las palabras tachachas, enmendadas ó entre renglones observadas en el testamento de Doña Balbina Pardo, redúcense á letras que no crean duda alguna acerca del pensamiento de la testadora, ó constituyen meros accidentes de ortografía ó de pureza escrituraria sin trascendencia alguna.

2.° Que no infringe la sentencia los artículos 6.° y 688, en su

párrafo 2.°, que se citan en el motivo 4.°, porque sea cualquiera el orden en que se expresa el año, mes y día en que se otorgó el testamento, resulta claramente esta condición esencial en el de Doña Balbina Pardo, importando poco que comenzara escribiendo el mes, y después consignara el día y el año; sin que la costumbre de Sigüenza en este punto, que es igual á la de todas partes, con más ó menos uniformidad, pueda tener la transcendencia que pretende darle el recurrente.

3.° Que tampoco infringe la sentencia el art. 687 del Código y doctrinas que se invocan en los motivos 5.° y 6.°, puesto que en ellas se hace supuesto de la cuestión, estableciendo por base del razonamiento que entre las formalidades para la validez del testamento ológrafo se halla la de salvar el testador bajo su firma las palabras que contuviera el testamento tachadas, enmendadas ó entre renglones, siendo así que, como se ha demostrado, esto puede afectar á la validez y eficacia de dichas palabras, pero no al testamento mismo.

*
* *

III. *De otros problemas relacionados con la otorgación del testamento ológrafo. A) Testamento ológrafo redactado en lengua extranjera.*—Multitud de cuestiones presentan los tratadistas, algunas de las cuales, por el mayor interés que para nosotros presentan, consignaremos. El testador puede escribir el testamento en cualquier idioma, siempre que lo haga con caracteres alfabéticos. Hasta puede representar una mayor garantía para el que quiera testar por sí solo, el valerse de una lengua extranjera con la que exprese más acertadamente sus pensamientos, aunque sea el español, y para evitar mejor de ese modo la adulteración por un extraño, que no dominara fácilmente dicha lengua. El art. 688 no lo prohíbe; exige sólo que el testador escriba todo el testamento; pero dejándole en libertad respecto al medio en que ha de manifestar su voluntad. Un fallo francés declara que el testamento ológrafo es válido, aunque esté redactado en lengua extranjera; ninguna disposición exige la redacción en lengua francesa; así piensan también los jurisconsultos Troplong y Demolombe. Lo que ocurrirá en nuestro Derecho positivo es que, entonces, cumpliendo la prescripción general del art. 684, se hará necesaria la intervención de los dos intérpretes á que aquél se refiere, que tra-

ducirán la primitiva disposición testamentaria; lo cual también representa una mayor garantía en favor del testamento ológrafo que se halle en ese caso. El Código de la República Argentina (artículo 3.641), permite testar en forma ológrafa, en cualquier idioma también.

B) Del testamento ológrafo de los sordomudos. — C) ¿Pueden los ciegos otorgar testamento ológrafo? — Según lo expuesto, ¿pueden hacer testamento ológrafo los ciegos y los sordomudos? Respecto á los últimos no debe caber ninguna duda; sabiendo escribir, expresan sus últimas disposiciones ó pueden expresarlas con tanta facilidad y perfección como el que disfrute del sentido del oído y de la facultad de hablar. En cuanto á los ciegos, al proponer tal duda, tenemos presente los modernos inventos hoy conocidos y hasta generalizados entre esos desgraciados, merced á los cuales consignan perfectamente sus pensamientos, despachando por sí mismos su propia correspondencia y grabando hasta los signos musicales, existiendo métodos, composiciones y obras literarias, científicas, etc., compuestos para ser comprendidos por el ciego, merced al exquisito tacto que los de su clase gozan. Dichos inventos se fundan todos en la impresión que en la yema de los dedos producen determinado número de puntos de relieve hechos por punzón sobre papel especial para el caso; puntos que, según el número, constituyen el alfabeto y el pentágrama del ciego. Pues bien: ¿podrá éste, por ese medio, testar, ó aun valiéndose de la escritura normal, si á tanto llegan su ingenio y raras habilidades? Casos de estos, aunque no frecuentes, se dan en la realidad; en el *Repertorio de Jurisprudencia* de Dalloz se cita el ejemplo de la Marquesa Deffentes, la cual, no obstante haber perdido la vista, podía, con la ayuda del tacto, continuar su correspondencia con Voltaire y con otros sus amigos. El jurisconsulto Vittore Vitali estima que, no pudiendo presumir la incapacidad, ni prohibiéndolo ningún texto de la ley, debe sostenerse que la ceguera no es impedimento legal para testar en la forma ológrafa; y en este sentido lo juzgó el Parlamento de París, en una sentencia de 1770; opinión que combaten autores como Grenier, Arciri, Borsari, Paoli y otros; aunque los más, según el primero, admiten que el ciego que sepa escribir y leer pueda válidamente disponer en dicha forma. Troplong resuelve la dificultad admitiendo la intervención de un

tercero, al dar el ciego forma á sus disposiciones ológrafas, pero sólo para dirigirlo en la escritura, como para ponerle la mano sobre el papel, guiársela desde el principio hasta el fin de la línea, hacerlo avanzar conforme escribe, advertirle, cuando ocurra, de algún entorpecimiento de la pluma, etc.; cuya doctrina establece también una sentencia de la Corte de apelación de Nancy de 19 de Febrero de 1846, confirmatoria de otra de 11 de Marzo de 1845, y, á su vez, confirmada por una tercera del Tribunal de Casación de París de 28 de Junio de 1847.

Nosotros, con vista de tales antecedentes y del atento estudio que hemos hecho sobre cuestión tan interesante como la propuesta, opinamos que no cumple los requisitos del artículo 688 ni se amolda al espíritu del legislador el testamento ológrafo del ciego hecho por medio de puntos de relieve en el papel con la ayuda del punzón. No es posible en él hacer la identificación que, como requisito esencial, se previene en los preceptos que hemos de examinar después, de tal suerte, que lo grabado por un ciego en tal manera sea fácil distinguirlo de lo que haga cualquier otro ciego. Y como el testamento ológrafo descansa precisamente en esa base de confianza, en la de llegar á inspirar la creencia de que la escritura expresiva de la última voluntad de una persona es de ésta misma, y no de ninguna otra, por los caracteres individuales y distintivos que ofrecen los trazos ortográficos de cada sujeto, resulta que, al menos en nuestro Derecho positivo, es imposible con fundamento autorizar la validez de una última manifestación exteriorizada en la indicada forma. Ahora, dentro del criterio de otras legislaciones, existiendo otras garantías y siendo otra la reglamentación del testamento ológrafo, no negamos que pueda sostenerse la tesis contraria, aunque la creemos algo atrevida, dada la naturaleza especial de tal manera de testar.

Tratándose del ciego que pueda escribir por medio de caracteres alfabéticos, la cuestión ya varía, pues á ellos alude el artículo 688, al requerir que el testamento esté todo él escrito por el testador; en cuya virtud, todos los que puedan escribir en dicha forma podrán asimismo testar por sí solos. La prueba de ello es que no se establece prohibición alguna contra los ciegos ni contra las demás personas que sepan escribir, como lo hace el legislador en el art. 708, al tratar del testamento cerrado.

Es muy posible que un ciego pueda, con ayuda del tacto, y contando con disposiciones y hábito grandes, escribir por medio de la pluma ó del lápiz con tanta seguridad como úno que goce de la vista; y aunque deba aconsejarse á los Tribunales que procedan con extraordinaria cautela y prudencia en la comprobación de letras y diluciden cuanto les sea posible el extremo de si ese ciego disfrutaba de la habilidad de escribir por sí mismo en la forma que muestra el escrito objeto de las diligencias judiciales de protocolización, es de justicia evidente que no se restrinja en el caso bajo que vamos discurriendo la testamentifacción activa del ciego, cuando el Código tiene declarado solemnemente (artículo 662) que pueden testar todos aquellos á quines la ley no lo prohíbe expresamente; luego con arreglo á principios análogos, y por los axiomas jurídicos de «*odiosa sunt restringenda, favores sunt amplianda*» e «*in dubiis benigniora preferenda sunt*», cabe estimar que el ciego que sabe escribir con caracteres alfabéticos está capacitado para otorgar testamento ológrafo.

D) Del testamento ológrafo epistolar. — No ha de constituir el testamento ológrafo cualquier documento que el testador haya dejado escrito por sí mismo y firmado, aun refiriéndose á materias testamentarias. Es preciso que conste la intención de aquél manifiesta y claramente expresada en el sentido de que se tenga por última voluntad la que resulta contenida en el pliego ó papel de que se trate.

Los autores discuten sobre si es admisible el testamento ológrafo extendido epistolarmente, ó por cartas. El Código de la República Argentina (art. 3.646) dice que las cartas, por expresas que sean respecto á la disposición de los bienes, no pueden formar un testamento ológrafo. Tal cuestión entre nosotros no es difícil de resolver, porque el Código exige terminantemente que el testamento deberá extenderse en papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento; y no es dable suponer que las cartas se escriban en pliegos de papel sellado, ni tampoco podría admitirse, dado el objeto á que tiende este requisito, que á una carta, considerada testamento ológrafo de una persona, se le añadiera una de las llamadas pólizas de impuesto, aunque equivaliera, para los efectos fiscales, al empleo del pliego de papel y aunque refiriera el año en que realmente fué incorporada por el testador á la epístola.

***

IV. *Cuestiones relacionadas con las solemnidades ó requisitos del testamento ológrafo.*—El testamento debe contener, como requisito de índole esencial, el año, mes y día en que se otorgue. Esto constituye la fecha; dato importantísimo para derivar de él extremos esenciales de comprobación, para tener en cuenta el momento en que el testador exteriorizó sus últimos pensamientos, y para deducir, siendo posible, si entonces gozaba de la testamentifacción activa por razón de la edad y de la sanidad de sus facultades intelectuales. Como dice Rogron, por la fecha se podrá resolver cuál es el testamento posterior, entre otros otorgados, y si aquél deroga á los anteriores. La mención del año, mes y día conviene consignarla en forma debida; y para mayores claridad y seguridad, en letra los años y día, con preferencia al guarismo. De esta manera se hará más difícil la adulteración de extremo tan interesante del documento. Mas como en este comentario debemos prever todas las contingencias de la realidad y hasta extremar las suposiciones, para adelantarnos á las posibles dudas, conviene que nos hagamos cargo de la que podría surgir si del testamento no resultare claramente la fecha, por olvido, obscuridad, ambigüedad ó cualquier otro motivo, siempre que la determinación del año, mes y día se dedujeran por la lectura del escrito ológrafo. El Código de la República Argentina dice á este efecto (art. 3.642) que las indicaciones del día, mes y año en que se hace el testamento no es indispensable que sean según el calendario; pueden ser reemplazadas por enunciaciones perfectamente equivalentes, que fijen de una manera precisa la fecha del testamento; así, dice el anotador de tal Código, como si un testador escribiese «firmado el Viernes Santo de 1869»; por esto, según el propio Cuerpo legal, una fecha errada ó incompleta puede ser considerada suficiente, cuando el vicio que presenta es el resultado de una simple inadvertencia de parte del testador, y existen en el testamento mismo enunciaciones ó elementos materiales que fijan la fecha de una manera cierta. A este efecto, el jurisconsulto francés Merlín cita dos testamentos de fechas incompletas admitidos como válidos en los Tribunales franceses; el uno tenía la fecha de *mil sept trente neuf;* el otro *mil sept soixante quatre*, olvidándose, pues, en ambos la palabra *cent*. La Corte de París, en un fallo de 5 de Abril de 1851, llegó á más, á considerar válido un testamento ológrafo en el cual las circunstancias, como el suicidio del testa-

dor, indicaban de manera innegable la fecha precisa del primero, aunque no resultaba fechado; porque (se dice) las fórmulas de tal extremo, aun en materia de testamento ológrafo, en que este requisito es sustancial, no tienen nada de exclusivo, ni de sacramental; basta que los elementos irrecusables de la fecha resalten, de una manera clara y precisa, de los términos del testamento: Y, en efecto, sería quebrantar la voluntad del testador y hasta la evidencia misma de las cosas el negar la eficacia de una fecha cierta porque no estaba expresada ó formulada de determinada manera.

Sin citar otros valiosos precedentes, mostramos en el mismo sentido con ellos nuestra completa conformidad, porque realmente no admiten réplica, aun dentro de la contextura de nuestro art. 688. El legislador exige que del testamento resulte claramente el año, mes y día en que se escribió: Mas cuando por otro medio, que no sea el normal y corriente, se pueda de igual modo averiguar tan importante circunstancia, el resultado será idéntico y el requisito ordenado quedará del propio modo cumplido.

¿Cuál será la fecha que deba ponerse al testamento? Entendemos que la correspondiente al día en que se firme aquél. Este momento es el en que, como dice un autor, el escrito pasa de la categoría de proyecto de testamento á la de última y solemne voluntad de una persona; del momento ese parten, según ocurre en toda clase de documentos, todos los efectos que de la escritura se esperan; el que firma uno de aquéllos se entiende que ha aprobado entonces su contenido y aceptado las consecuencias que con él se compromete á afrontar. Esto no quiere decir que no pueda un testamento ológrafo contener varias fechas, porque el Código no exige, ni podía razonablemente exigir, lo que requiere imperiosamente, tratándose de los testamentos abierto y cerrado, ó sea la unidad de acto, para que el testador exprese en un solo momento sus últimas disposiciones. Bien pueden éstas estar consignadas, tratándose de la primera forma de testamento, en diversas épocas y suscritas cada una ó cada grupo de ellas con fecha distinta; por esto dice el art. 3.647 del tan citado Código de la República Argentina (al que acudimos con repetición por lo completo y detallado sobre el particular) que el testador no está obligado á redactar su testamento de una sola vez ni bajo la misma fecha; si escribe sus disposiciones en épocas

diferentes, puede datar y firmar cada una de ellas separadamente, ó poner á todas la fecha y la firma del día en que termine su testamento.

Nada prescribe el art. 688 respecto á la designación del lugar en que se otorgue la disposición ológrafa; por lo cual no estimamos indispensable tal requisito, que puede deducirse, por otra parte, de otras cláusulas del testamento. Y aunque esto no se consigne, será indiferente para la validez de aquél, puesto que el español puede testar en esa forma en cualquier punto en que se halle, sea en España, sea en el extranjero, toda vez que el párrafo último del art. 732 dispone que podrán asimismo hacer testamento ológrafo con arreglo al art. 688, sin el requisito del papel sellado, los españoles fuera del territorio nacional, aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento.

La firma del testador es el remate de la disposición testamentaria, como lo es en todo acto escrito y autorizado. Representa además un elemento de autenticidad que ayuda á sostener y comprobar la identidad de la escritura del testamento con la que de ordinario usaba el testador, por la configuración peculiar, no sólo de las palabras que forman el nombre y apellido de una persona, sino de la rúbrica que acompaña á aquéllos, hasta el punto de parecer empresa difícil la de imitar ó adulterar la firma y rúbrica de ciertas personas. Puede, pues, definirse la suscrición ó firma como aquel signo característico y personal con que un individuo habitualmente autoriza sus actos públicos y privados, significándose que ese signo debe serle atribuído y no á otro. De lo cual se deduce que ha de estimarse como firma admisible sólo la que acostumbre á usar de ordinario el testador, aunque indique su nombre con la primer inicial y no consigne más que un solo apellido, y aun éste también en abreviatura, sin que pueda descifrarse fácilmente. Este trabajo ya se hará debidamente al tiempo de practicarse las diligencias judiciales, si es que procede, á juicio del Juez.

Si bien los escritores franceses citan el testamento de un obispo que se declaró válido, aunque la firma consistía solamente en una cruz seguida de sus iniciales y de la enunciación de su dignidad, estimamos que en esta forma, al menos en el Derecho español, no podría darse por bueno ningún testamento ológrafo, por la facilidad con que de tal modo se suplantarían últimas

voluntades al prescindir de un requisito que tanta significación tiene, por referirse quizá á uno de los rasgos que más caracterizan é individualizan á una persona.

Dice bien Vittore Vitali: un heredero de poca conciencia que, revisando los documentos del difunto, hubiese encontrado una disposición escrita á su favor, pero falta de la firma, le sería muy fácil imitar una cruz, un timbre ó cualquiera otra señal que no fuese del autor del escrito restante; por eso el legislador habría en tal caso dejado abierta la puerta al fácil fraude de la codicia.

El jurisconsulto Laurent estima que no son suficientes las iniciales del nombre y apellido del testador para considerarlas como firma de éste en el testamento ológrafo, fundándose en la noción general de las palabras «*suscribir*», «*firmar*», las cuales indican la escritura del nombre y apellido que se consignan al pie de un acto. Dos decretos de la Corte de casación francesa de 23 de Marzo de 1824 y 10 de Marzo de 1829, declaran que la firma consiste en la inscripción del nombre de familia; aunque la Corte suprema juzgó válido un testamento firmado con otro nombre que aquél; pero estaba entonces probado que el nombre consignado en el testamento era un sobrenombre adoptado desde largos años para distinguir una rama de las otras de la familia, y que el testador venía usando desde largo tiempo en los actos civiles, solemnes ó privados que había suscrito antes del testamento.

La Corte de París, en otro fallo de 7 de Abril de 1848, opinó de la misma manera en un testamento que ofrecía la circunstancia de que el testador había firmado con otro nombre distinto del que le pertenecía, según su acta de nacimiento, pero con el cual era generalmente conocido, y con el que acostumbraba ordinariamente á firmar.

El mínimum de solemnidades que puede exigirse del testador es que se le admita firmar con la inicial de su nombre y el primero de sus apellidos, si así vino haciéndolo en los distintos actos de su vida. Sin embargo, podría darse el caso de que una persona acostumbrase á firmar solamente con el nombre ó con el apellido, lo cual ocurrirá muy contadas veces, aunque entra en la previsión del comentarista el tenerlo en cuenta. Si tal sucediera y apareciera acreditado que era esa la forma habitual de suscribir otros escritos dicha persona, no tendríamos inconveniente en aconsejar que por ese sólo reparo no se invalidara el testamento

de referencia. Así lo vemos confirmado en un fallo de la Corte de apelación de Turín de 22 de Junio de 1869.

El lugar en que deba ponerse la firma tiene importancia, y algunas veces puede ser de transcendencia verdadera. Si el testador hace testamento en varias veces, puede suscribir unas cláusulas y dejar otras sin la firma. No vacilamos nosotros en creer que las últimas son perfectamente inútiles é ineficaces, por cuanto carecen de autorización; ya que la de la cláusula ó cláusulas anteriores no sirve para dar solemnidad y autenticidad á disposiciones de momento ó fecha posteriores, que por el hecho de no estar suscritas, es de suponer que el testador no ha querido ó no ha podido aprobarlas, sin que la suposición de imposibilidad de firmar baste, aun comprobada, para revalidar un escrito al que faltan formalidades substanciales con arreglo al art. 688, si ha de adquirir la categoría de disposición testamentaria ológrafa. Según algunos autores franceses, como Coin Delisle, Donot y otros, no valdría tampoco aquélla cuando se dijera: «*El presente acto, escrito* (en tal fecha), *está firmado por mí Juan Pérez, como sigue*», y el propósito no fuera seguido de la suscrición, de la firma; ni cuando el testamento tuviera el nombre, apellido y rúbrica del testador en el medio del escrito, ó en la margen superior ó lateral del mismo. Es decir, que todo lo que no sea autorizar la cláusula ó cláusulas al final de todas ó de cada una de las mismas, no debe admitirse como firma suficiente para dar la debida autenticidad al acto, porque, además, el colocar la suscrición con la fecha en otra parte, daría lugar á que quedase el escrito abierto á las adiciones que una mano hábil para imitar letras pudiera unir á las propias del testador, ó, por lo menos, haría siempre más fácil la tarea de adulteración de últimas voluntades. El Código de la República Argentina (artículos 3.645 y 3.646) dice, con este motivo, que las disposiciones del testador escritas después de su firma deben ser fechadas y firmadas para que puedan valer como disposiciones testamentarias; cuando muchas están firmadas y no fechadas, y una última tenga la firma y la fecha, esta fecha hace valer las disposiciones anteriormente escritas, cualquiera que sea el tiempo.

Es indiferente que, tanto el cuerpo del escrito testamentario, como la firma se escriban con tinta ó con lápiz; así lo ha declarado un fallo francés de 27 de Enero de 1846, teniendo en

cuenta que la acepción legal de la palabra *«escribir»* significa trazar letras, caracteres, sin que la ley especifique ni el instrumento ni la materia con la que esos caracteres han de ser trazados, ni en lo más mínimo haya subordinado la validez de la escritura al empleo de un instrumento particular ó de una materia especial; del mismo modo debe reputarse por válida la suscrición á la que faltan algunos trazos de pluma que ciertas personas ponen ordinariamente á continuación de su firma, cuando se prueba además que ésta, aunque desprovista de ese rasgo ó rasgos finales, está escrita de mano de aquél á quien se atribuye. Esto no contradice la teoría que en párrafos anteriores hemos sostenido, de que la firma que autorice el testamento sea la misma que la que el testador acostumbraba á usar en vida; porque el expresado accidente no afecta á las condiciones esenciales de una verdadera y auténtica suscrición, en el caso litigioso á que nos referimos.

Por último: el testamento ológrafo ha de extenderse en un pliego de papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento. Entendemos que la exigencia de este requisito no persigue fines fiscales ó contributivos, ó, por lo menos, no ha sido éste el primordial objeto con que se ha consignado en el artículo que comentamos, y que ya lo requería el 564 del Proyecto de 1851. Hecha esa salvedad, ya nos será fácil terciar en la discusión que á algunos tratadistas españoles separa, al tratar de averiguar qué clase de papel sellado es la que debe emplearse con tal objeto. Sostiene el Sr. Abella *(Novísimo Código civil español, anotado)* que habrá de usarse el señalado en la regla 1.ª del art. 21 de la ley del Sello y Timbre de 1881 para los testamentos cerrados, ó sea el de 50 pesetas. Opina el Sr. Alcubilla *(Diccionario de la Administración Española)* que el testamento es válido, siempre que el papel sellado corresponda al año de su otorgamiento, ya aparezca extendido en el 100 pesetas ó ya en el de 10 céntimos, límites máximo y mínimo de las especies que enumera la ley del Timbre, pues no puede considerarse que ese requisito sea un pretexto de lucro para el fisco. El Sr. López R. Gómez, en la obra que varios veces hemos citado, se inclina á creer que, prudencialmente y por analogía, debe aconsejarse el empleo del papel sellado que usan los Notarios para las escrituras matrices del testamento abierto. El Sr. Goyena, al comentar el citado artículo del Proyecto de 1851, juzga que la formalidad del papel sellado

representa solamente una nueva precaución para asegurar la certeza del año en que se otorga el testamento. Nosotros suscribimos á la opinión que mantiene el Sr. Alcubilla, y la que profesábamos antes de verla expuesta por dicho distinguido jurisconsulto, porque somos partidarios en todas las materias jurídicas (aun enfrente de contradictorias y absurdas declaraciones de la la jurisprudencia) de la idea de que un mero requisito fiscal, una simple formalidad administrativa, no pueden tener virtualidad y transcendecia para alterar el fondo y esencia de la relación de Derecho que en cada caso se cree. De la omisión de aquéllos ó de la equivocada inteligencia que se dé á los preceptos que los regulen, podrán nacer responsabilidades de los mismos órdenes y carácter, administrativo ó fiscal; pero nunca podrán motivar la nulidad de un acto de Derecho sustantivo privado, por afectar esta rama del Derecho á intereses é ideas más fundamentales y elevadas. ¿No representaría un contrasentido, y más que nada, una violenta é injusta interpretación del precepto legal, el sostener la anulación de un testamento ológrafo, porque se extendió en papel de 50 pesetas en lugar de 100? Pues de la misma naturaleza juzgamos que es el caso en que un Tribunal llegara á dejar sin efecto una escritura pública, por no expresarse en ella la cédula personal de los otorgantes ó el de invalidarse una escritura social entre comerciantes, por no haberse acreditado que éstos estuvieran al corriente en el pago de la contribución de subsidio industrial. Pugna esto con toda noción elemental del Derecho y sus distintas modalidades ó especies; y parece que debe, igualmente, sorprender y extrañar aun al que ni siquiera haya saludado los prolegómenos de dicha ciencia.

Pues bien: ni con respecto á la legislación fiscal tienen razón los Sres. Abella y López R. Gómez, toda vez que el testamento ológrafo, por sí solo y antes de que se protocolice ó aprueben las oportunas diligencias de jurisdicción voluntaria no pasa de ser un documento privado al que, en todo caso, convendrían las disposiciones que para tal clase de documentos tiene establecidas la ley vigente del Sello y Timbre del Estado en el capítulo respectivo. Ahora, cuando el testamento ológrafo haya de protocolizarse, ya los Notarios tendrán presente la clase y cuantía del papel que para toda escritura matriz deba emplearse.

Pero el papel en que primeramente haya de extenderse la

postrera voluntad, siempre que sea sellado, puede ser cualquiera que corresponda al año del otorgamiento de aquélla. En todo caso, y por desfavorables que fuesen las contingencias, como dice el Sr. Navarro Amandi en el *Cuestionario del Código civil reformado,* el testamento sería válido sin perjuicio de los reintegros que establezcan las disposiciones fiscales. Rogrón, refiriéndose á la legislación de su país, también con el mismo motivo, afirma que si el papel en que está escrito el testamento no es timbrado, habrá lugar simplemente á la aplicación de la multa dispuesta por las leyes relativas al timbre.

*
* *

Del testamento ológrafo otorgado por los extranjeros.—El último párrafo del art. 688, que está tomado del 685 del proyecto de 1882, autoriza al extranjero para testar en forma ológrafa, empleando su propio idioma; declaración que en rigor de Derecho holgaba, si no sirviera para aclarar en qué lengua habían de otorgar dicha clase de testamento los no nacionales ó naturalizados en España. En efecto: la facultad que á éstos asiste para testar en esa forma, es indudable dada la naturaleza del estatuto formal por el que en Derecho internacional se rige lo relativo á las solemnidades externas ó formalidades de los actos jurídicos, con referencia á los que los otorgan y no son naturales ni nacionalizados en el país en que crean sus relaciones de Derecho.

Ahora bien: respecto á la clase de idioma que con tal objeto puede usar el extranjero, los más de los tratadistas convienen, y así nos parece á nosotros lo más racional, en que puede ser cualquiera; dejándose á dicho extranjero en la misma libertad de elección que al español para manifestar sus disposiciones postreras en el lenguaje que más familiar y más *propio* le parezca. Esta es la más adecuada interpretación que corresponde á dicha palabra; porque ¿se atrevería nadie á rechazar, y menos á declarar nulo un testamento ológrafo otorgado por un extranjero en la lengua castellana? Y como dice el Sr. Navarro Amandi en su obra antes referida, en muchos casos no se sabría cuál era el idioma propio del testador: si el del país en que nació, el de la tierra en que se había criado ó el de su nacionalidad.

*
* *

De la protocolización del testamento ológrafo. — Para la validez del testamento ológrafo no basta la concurrencia de los requisitos que quedan explicados, hasta el punto de que, cumpliéndose al pie de la letra y aun con demasía todas las reglas del artículo 688, dicho documento, para los fines que persigue, valdría tanto como un papel mojado ó sin importancia alguna. He ahí por qué explicamos en un mismo comentario los artículos 688 y 689; puede decirse que los dos marcan el conjunto de las fundamentales y verdaderas solemnidades del testamento ológrafo. Luego, para que éste sea válido y eficaz en Derecho, es tan necesario, no sólo que lo otorguen personas mayores de edad, que esté escrito en su totalidad de mano y puño del testador, con expresión del año, mes y día en que se redacte, salvando las palabras enmendadas, entrerrenglonadas ó tachadas, y extendiéndolo en papel sellado del año correspondiente al del otorgamiento, sino que además es preciso que sea protocolizado, elevado á escritura pública. Bien terminante está, respecto á este último extremo, el art. 689: «*sin este requisito no será válido*». Con lo cual da á entender la transcendencia é inexcusable precisión de dicha formalidad cuando, no bastando al legislador la declaración expresiva del art. 687, insiste y recuerda el requisito de la protocolización.

En efecto: para el testamento ológrafo, como para los otorgados en inminente peligro de muerte, en tiempo de epidemia y todos aquellos abiertos en que no hubiere intervenido Notario, la protocolización es el complemento, la solemnización de los requisitos que hasta ese momento fueron cumplidos. Ahí terminan las partes ó momentos de que consta tal forma de testar.

El mismo testamento cerrado que, según diremos, es una especie de testamento ológrafo, con las solemnidades que se acreditan después en la cubierta ó sobre que le contiene, necesita de la apertura y protocolización, á pesar de la concurrencia posterior de Notario y testigos, y es, porque tanto el cerrado como el ológrafo no constituyen, por sí solos, documentos públicos, sino instrumentos privados hechos sin la intervención del funcionario notarial, que representa la mayor suma de solemnidades, aunque externas, de los actos jurídicos, y determina la distinta naturaleza de los documentos en que éstos se hacen constar. Y como el propósito del legislador, bien claro y virtualmente repetido en

todo el tratado de testamentos, es que éstos no tengan eficacia ni sirvan para ceder ó trasmitir derechos de ninguna clase, ni simplemente para hacer declaraciones morales de última hora, si no están consignadas las cláusulas respectivas en escrituras públicas, en documentos auténticos, que hagan desde luego fe en juicio y gocen de los beneficios de las presunciones que establece la ley, lógica es la necesidad de convertir ese documento privado, constituído por las primeras solemnidades del testamento ológrafo, en instrumento público, ya que no con intervención de la fe extrajudicial, con el concurso de la judicial, de mayor ó por lo menos de igual eficacia que aquélla.

De modo que conceptuamos pueril empeño el de algunos publicistas italianos y franceses, que discuten cuáles de los expresados requisitos son de mayor vitualidad en la forma ológrafa: si el de la protocolización ó los en que toma parte exclusiva el testador; puesto que tantos unos como otro indispensablemente se precisan para conseguir la eficacia del testamento, no siendo posible concebir los primeros sin los segundos. Tal vez el requisito de la protocolización afecte más á solemnidades de procedimiento, á comprobación de elementos ya de antemano preestablecidos, y las otras solemnidades primarias constituyan la esencia y verdaderos motivos del acto; pero téngase en cuenta que, aun en las diligencias de que trata el art. 689 y siguientes, se discute y aquilata el valor de lo escrito por el testador, estando perfectamente facultado el Juez para denegar la protocolización, destruyendo de esta suerte, salvo, claro está, el juicio ordinario que posteriormente pueda entablarse en favor de la disposición testamentaria ológrafa. Cita á este efecto el jurisconsulto Rogron dos fallos, uno de la Corte de París, de 30 de Mayo de 1868, y otro de la de Amiens, de 10 de Abril de 1877, según los cuales, el legatario universal, antes de cumplirse las formalidades de ser presentado el testamento ológrafo al Presidente del Tribunal de primera instancia del lugar en el cual la sucesión se ha abierto (formalidad equivalente á la de nuestro art. 689 y siguientes), aun nombrado, no tiene derecho ni personalidad para contestar en juicio á los acreedores hereditarios.

Tampoco deja de tener sus precedentes el requisito de la protocolización, sino en la forma como está hoy regulado, en la idea que persigue y en los efectos que se le atribuyen. Algunos auto-

res quieren encontrar solemnidad análoga hasta en algunas leyes del Digesto y del Código romanos. En nuestra legislación está bien terminante y clara la ley del *Fuero Juzgo*, inserta en los *Precedentes legales*, con referencia á la única especie de testamento ológrafo que entonces se conocía, ó sea el de *inter liberos*, por la necesidad de haber de presentar aquél ante el Obispo de la tierra ó al Juez, los cuales, después de cotejar el escrito de la manda con otros del testador, y de resultar puestos todos por la misma mano, procedía á la aprobación primero, una vez rigurosamente acreditados tales extremos. El *tít. II de la Partida 6.ª*, también establece formalidades parecidas, pero con relación á todos los testamentos que deben ser abiertos, entre los cuales puede hallarse el que otogan en forma ológrafa los ascendientes en favor de sus descendientes, forma de testar que, como ya tenemos dicho, admitía también el Código del Rey Sabio, siguiendo como siempre, la tradicción romana.

El proyecto de 1851 también reconoció la necesidad de que el testamento ológrafo, antes de procederse á su ejecución, debía ser presentado al Juez del último domicilio del testador, practicando aquél después diligencias muy parecidas á las que nosotros explicaremos en comentarios sucesivos. El proyecto de 1882 señalaba solamente el plazo de un año para la protocolización, tiempo que nuestro Código amplía á cinco, quizá por lo mucho que también se ha ampliado la facultad para testar en la expresada forma, ya dentro de los dominios españoles como fuera de ellos, por los naturales del Reino; por lo cual se hacía necesario que si la muerte ocurría á larga distancia del punto en que la conveniencia aconsejaba llevar á cabo las diligencias de protocolización, se diera algún más desahogado término, á fin de que los apremios consiguientes á tales momentos no hiciesen ineficaz un testamento ológrafo otorgado en perfectas condiciones de validez. Sin embargo, creemos que se ha ampliado con demasía el expresado plazo, aun reconociendo la poquedad del señalado en el proyecto de 1882; habiendo de hacerse hoy día más evidente el estado de incertidumbre en que llegarían á encontrarse los herederos abintestato que hubieren entrado en posesión de los bienes hereditarios por virtud de diligencias judiciales dispuestas por la ley para cuando ocurra la muerte de una persona sin testamento, teniendo en su virtud que anularse todo lo hecho y alterar situa-

ciones jurídicas creadas al amparo de una presunción fundada por la aparición, al cabo de cinco años, de un documento que, retrotrayendo todos sus efectos al tiempo de la muerte de su autor, lleva en sí toda preferencia y eficacia, aun contra autos judiciales firmes y pasados en autoridad de cosa juzgada.

¿A qué autoridad cabrá dirigirse, cuando el último domicilio del testador y el lugar en que hubiere fallecido sea un punto del extranjero, y qué clase de procedimiento se adoptará, en consecuencia, para verificar la protocolización del testamento ológrafo? Opinamos que el art. 689 ha sido dictado sólo para que tenga lugar en España, á cuya organización procesal, únicamente, son aplicables las distintas reglas que se determinan en ése y los restantes artículos de la presente sección. Si el testador falleciere hallándose accidentalmente en el extranjero, la competencia del Juez que ha de autorizar dicha protocolización se determinará según el último domicilio que haya tenido el testador en territorio español. Y si dicho domicilio y el punto en que acaeciere la muerte son uno mismo, situado en país extranjero, regirá igual principio de competencia; teniendo entonces por último domicilio del testador el que éste hubiera gozado en España antes de su partida para tierra extraña. En ambos casos, será de aplicación el artículo 736 del Código, por virtud del cual el Agente diplomático ó consular en cuyo poder hubiere depositado su testamento ológrafo un español, lo remitirá al Ministerio de Estado, cuando fallezca el testador, con el certificado de defunción, y dicho Ministerio hará publicar en la *Gaceta de Madrid* la noticia del fallecimiento, para que los interesados en la herencia puedan recoger el testamento y gestionar su protocolización en la forma prevenida. Tal depósito lo mismo puede hacerlo persona que no tenga nacionalidad española, y cualquiera que siendo conocedora de la muerte de la persona que firma el documento, comprenda que éste, para surtir efectos, ha de ser entregado por el conducto oficial que los españoles tienen en el extranjero á su disposición para dirigirse á la patria. Aun más: creemos que el mismo Agente diplomático ó consular, sabedor de la existencia de un testamento ológrafo otorgado por español en punto que comprenda los límites de su jurisdicción, debe recoger y remitir seguidamente el escrito, una vez ocurrido el fallecimiento del testador, y con el correspondiente certificado, al Ministerio de Estado, para que éste proceda como

queda dicho; porque mal pueden los parientes y personas interesadas en la herencia, como únicas partes legítimas, con personalidad jurídica para el caso, solicitar la práctica de las diligencias de protocolización, si empiezan por desconocer, en muchos casos, la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, y el hecho de si ha otorgado ó no testamento ológrafo en el punto del extranjero en que residía. Y además, ya sabemos que la índole de las funciones que ejercen los representantes nuestros, acreditados en otras Naciones es más bien de protección y auxilio que de formalismo y de obligación estricta de sujetarse á preceptos taxativos cuyo cumplimiento haya de realizarse con el mismo criterio con el que proceden las Autoridades judiciales en nuestro país y en otros.

ART. 690. La persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al Juzgado luego que tenga noticia de la muerte del testador, y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación.

También podrá presentarlo cualquiera que tenga interes en el testamento como heredero, legatario, albacea, ó en cualquier otro concepto.

Concordancias.—Igual al art. 687 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—(Véanse los de los artículos anteriores.)

ART. 691. Presentado el testamento ológrafo, y acreditado el fallecimiento del testador, el Juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubricará con el actuario todas las hojas y comprobará su identidad por

medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo.

Á falta de testigos idóneos, ó si dudan los examinados, y siempre que el Juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras.

Concordancias. — Mantiene semejanza con los artículos 592 y 593 del proyecto de 1851. Análogo en su primer párrafo é igual en el segundo al art. 688 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—(Véanse los de los artículos anteriores.)

ART. 692. Para la práctica de las diligencias expresadas en el artículo anterior serán citados, con la brevedad posible, el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes legítimos del testador, y en defecto de unos y otros, los hermanos.

Si estas personas no residieren dentro del partido, ó se ignorare su existencia, ó siendo menores ó incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al Ministerio fiscal.

Los citados podrán presenciar la práctica de dichas diligencias y hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento.

Concordancias.—Análogo en su primero y tercer párrafo é igual en el segundo al art. 689 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—(Véanse los de los artículos anteriores.)

ART. 693. Si el Juez estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice con las diligencias practicadas, en los registros del Notario correspondiente, por el cual se darán á los interesados las copias ó testimonios que procedan. En otro caso, denegará la protocolización.

Cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará á efecto, no obstante oposición, quedando á salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

Concordancias.—Art. 593 (párrafo segundo) del proyecto de 1851. Igual al art. 690 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862.*—Art. 17. El Notario redactará escrituras matrices, expedirá copias y formará protocolos.

Es escritura matriz la original que el Notario ha de redactar sobre el contrato ó acto sometido á su autorización, firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales, ó de conocimiento en su caso, y firmada y signada por el mismo Notario.

Es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho á obtener por primera vez cada uno de los otorgantes.

Se entiende por protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, y se formalizará en uno ó más tomos encuadernados, foliados en letra y con los demás requisitos que se determinan en las instrucciones del caso.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 690 AL 693. — I. *De la presentación del testamento ológrafo.*—El art. 689 enuncia el principio general de que el testamento ológrafo, para tener eficacia, ha de ser protocolizado, es decir, convertido de documento privado en una escritura pública.

Los artículos que juntamente hemos de explicar en el presente comentario señalan la parte adjetiva, formulan las reglas de procedimiento para que dicha protocolización se autorice en forma debida. Ya hemos advertido por qué motivos el legislador se vió

en esta parte obligado á ser definidor de principios procesales, ajenos indudablemente al presente Código; los que confiamos que en la próxima revisión de éste queden eliminados y se incorporen á la nueva ley de Enjuiciamiento civil, que también se anuncia.

La declaración que hace el art. 690 no contradice la del precepto anterior. La primera empieza á ser aplicable después que sepa la muerte del testador, la persona que tenga el testamento en su poder. La que formula el art. 689, general y comprensiva, establece un límite para que se verifique la confirmación judicial de la disposición ológrafa y para no frustrar la posibilidad de que un escrito de tal naturaleza, rodeado de todos los requisitos ordenados por el art. 688, pueda llegar á tener eficacia y valor definitivo. Así, bien puede suceder que quien tenga el testamento en sus manos ignore el fallecimiento del que lo escribiera, á los tres ó cuatro años de ocurrir la muerte.

La primera parte del art. 690 encierra una declaración preceptiva, terminante, en ese sentido. La segunda es potestativa: enuncia una facultad, un derecho, del cual por tanto puede ó no hacerse uso. Veamos cómo conciliarlas, aunque comprendiendo que se refieren á supuestos diversos, á puntos de vista distintos. A la persona poseedora del testamento se la obliga á que haga al Juez la presentación bajo apercibimiento de daños y perjuicios, si no cumpliera ese deber. En cambio, al heredero, legatario, albacea ó cualquiera que tenga interés en el testamento, siempre que no posea éste, se les da á escoger para que hagan dicha presentación, recogiendo el documento, como es natural, de quien lo conserve, puesto que si posee aquél, ya no disfrutará con igual libertad de ese derecho.

Encontramos justa esa distinción porque á dichos interesados no puede compelerse á que ejerciten derechos que á ellos solos afectan, sin que el Código, de oficio, pueda erigirse en tutor obligado de sus intereses; de modo que pueden ó no suplir ó anticipar la actividad del que tenga el testamento, adelantando por su cuenta el plazo que señala el art. 690. A un extraño no podría el legislador autorizarle para que presentara el escrito que se le hubiese entregado ó que por casualidad llegó á sus manos, cuando mejor le pluguiera, porque su indolencia ó la dilación en participar á la autoridad competente tal extremo podrían originar, sin culpa alguna de los interesados en la herencia, incalculables per-

juicios á los que, por esa inacción y silencio, estarían ignorantes de tener á su favor una sucesión testada, y, por tanto, en la imposibilidad de poner en práctica los medios necesarios para que aquélla llegase á producir todos sus eficaces efectos. Sería, pues, tan anómalo que el Código dijera: el heredero, albacea, legatario ó cualquiera otro intereresado en el testamento ológrafo *deberán* presentarlo necesariamente en el plazo de diez, veinte ó más días; como el que ordenara que el extraño que conserve en su poder una disposición de tal clase, *podrá* hacer de ella presentación en el plazo máximo de cinco años, á que se refiere el art. 689.

Muy bien puede suceder que una de las personas citadas en el apartado segundo del art. 690 tenga depositado en su poder el testamento, sin que haga la presentación en el tiempo prevenido de los diez días, causando perjuicios evidentes á los demás interesados en la herencia. En tal caso, ¿habrá de estarse á lo prevenido en dicho apartado segundo? De ninguna manera; sería opuesto á razón, á justicia y al propósito del legislador, que se vislumbra en todo el citado art. 690. De lo contrario, se producirían daños y perjuicios, que no se entienden renunciados, por cuanto la aquiescencia de los partícipes hereditarios en no presentar el testamento, no indica que usan en ese sentido de la facultad potestativa que les otorga el art. 690, ya que no tienen á su alcance los dos medios de elección que supone el uso del derecho regulado por la última parte del expresado precepto. Si, pues, el legatario, por ejemplo, posee el testamento ológrafo, por virtud del cual ha adquirido esa cualidad, y no lo presenta en el término de diez días, después de que tenga noticia del fallecimiento del testador, quedará sujeto á la prescripción general y primera del citado artículo, é incurrirá, por tanto, en la indemnización de daños y perjuicios que se causen por la dilación á los herederos, albaceas, demás legatarios y otros interesados en la herencia; porque, aunque no se dedujera esta doctrina de la disposición que analizamos, siempre sería de oportuna aplicación el principio de Derecho, encarnado también en uno de los preceptos del Código civil, según el cual quedan sujetos á la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurriesen en dolo, negligencia ó morosidad.

Y opinamos que á mayor grado alcanzan las facultades de

aquellos á quienes interesa que el testamento sea cuanto antes protocolizado, cuando por sus propios medios no puedan gestionar la práctica de las correspondientes diligencias; y es á requerir judicialmente á la persona que sepan tenga en su poder la disposición testamentaria, para obligarla á que no haga inútiles los preceptos legales de previsión dictados por el Código, el cual trata de evitar que intereses respetables y quizá el porvenir de varias familias queden á merced del capricho ó indolencia de un sujeto á quien pueda quizá no importarle nada el cumplimiento de la última voluntad del testador.

Antes de dar ese paso, aconsejamos que se haga el requerimiento por medio de funcionario notarial, para no verse en el caso de que algún Juez, ante la ausencia de preceptos en el Código civil que indiquen tal trámite, lo denegara; lo cual, si de todos modos llegara á ocurrir, juzgamos que implicaría criterio erróneo en la manera de entender la administración de justicia y la prudente aplicación de las disposiciones del Derecho. El art. 1.957 de la ley procesal civil resuelve la cuestión con respecto al testamento cerrado, por cuanto dice que podrá también pedir su presentación el que tuviere conocimiento de haber sido otorgado el testamento y obrar en poder de tercero.

No se expresa en el art. 690 la manera cómo ha de saber la noticia de la muerte del testador quien posea el testamento ológrafo. Por tanto, cualquiera que sea el modo, oficial ó extraoficial, por el que llegue á su conocimiento tal nueva, origina la obligación de que venimos tratando, pudiendo en su día acreditar los perjudicados por la dilación en presentar el testamento, que esa noticia la conocía su depositario hasta por haberla oído entre sus vecinos ó por estar enterado de extremos ó consecuencias forzosas de esa misma muerte, según sucesos del dominio público ó que él necesariamente tuvo que conocer.

En otra parte del Código, según ya tenemos advertido en diversas ocasiones, existen las definiciones legales de daños y perjuicios, y, por lo tanto, es innecesario volver á examinarlas en este lugar.

Las personas mencionadas en la última parte del art. 690 se citan por vía de ejemplo. Pueden voluntariamente hacer la presentación del escrito ológrafo todas las que tengan un interés directo en éste. Tratándose de la petición para elevar á escritura pública

el testamento ó codicilo hechos de palabra, dice el art. 1.944 de la ley de Enjuiciamiento civil se consideran parte legítima á tal efecto el que tuviere interés en el testamento, el que hubiere recibido encargo del testador y el que, con arreglo á las leyes, puede representar sin poder á cualquiera de los que se encuentren en los casos anteriores. No hay inconveniente alguno en aplicar estas disposiciones á la protocolización del testamento ológrafo, porque es natural que todas las personas comprendidas en las tres referidas categorías tengan interés en la herencia de que se trata. El párrafo segundo del art. 1.957 de la expresada ley rituaria anuncia la posibilidad de que hasta un extraño pueda pedir, tratándose del testamento cerrado, su apertura y protocolización, disponiéndose que, siendo el reclamante persona extraña á la familia del finado, jurará que no procede con malicia, sino *por creer* que en él pueda tener interés por cualquier concepto. También ésta puede ser doctrina común para el testamento ológrafo, puesto que las reglas adjetivas, en unas y otras formas de testar, tienden al mismo fin, debiendo la autoridad judicial proceder con laxitud y tolerancia, inspirándose en la amplitud con que se expresa el legislador, significativa de su verdadero propósito sobre la materia. Y no podrá ser de otra suerte, porque el Juez ante quien se haga una petición de la expresada naturaleza siempre habrá de dar crédito á la manifestación del que dice tener algún interés en lo que dispuso el testador, ya que éste pudo haber dejado sus órdenes encerradas en un pliego cuyo contenido no le es factible conocer al Juez, á menos que posea dotes de adivinación.

De modo que, á no resultar acreditado que el presentante había incurrido entonces en dolo manifiesto, lo cual no ocurrirá con frecuencia ni será muy fácil probar, la obra de dicha persona será más bien meritoria y útil que digna de desconfianza y castigo, porque suplirá muchas veces descuidos y morosidades quizá de perjudicialísimos efectos.

El jurisconsulto Vittori Vitali opina que la frase del art. 912 del Código civil italiano, «*cualquiera que crea tener interés en el testamento*», alude, no sólo á las personas citadas en la disposición testamentaria, sino á cualesquiera otros individuos que se crean interesados en aquélla, independientemente de razones sucesorias, más ó menos fundadas en su opinión. Tal podrá ser, deci-

mos nosotros, por ejemplo, el que sospechase que fué nombrado tutor testamentario, el pariente del hijo natural reconocido por el testador en el testamento, á quien le conviniera tener noticia oficial de tal declaración para efectos ulteriores, el acreedor de alguno de los supuestos herederos ó legatarios, etc., etc.

II. *De las formalidades subsiguientes á la presentación del testamento ológrafo.*

a) Diligencias preliminares. — Rubricación de las hojas del testamento.—Presentado el testamento, entra ya en acción el artículo 691.

Es de suponer que quien haga dicha presentación esté ya asesorado por Letrado ó persona entendida en procedimientos curialescos y acompañe al escrito ológrafo una instancia dirigida al Juzgado pidiéndole la práctica de las diligencias de que estamos ocupándonos, presentando también la certificación de fallecimiento del testador expedida por el Secretario del respectivo Juzgado municipal y visada por el Juez. De esa forma se acredita dicho fallecimiento, y á ella se refiere, sin duda alguna, el artículo 691, por cuanto, según la ley vigente del Registro civil de 17 de Junio de 1870 (respetada por el Código), el estado civil de las personas no puede probarse más que por medio de certificación extendida con arreglo á las prescripciones de la misma ley.

Si ese documento no se acompañara por el presentante del testamento, el Juez no debería ejecutar lo que le ordena dicho artículo 691, porque siendo verdad sabida, la de que las últimas voluntades no empiezan á surtir efectos legales definitivos sino después de la muerte de quienes las dictan, la autoridad judicial incurriría en una gravísima invasión de atribuciones si prescindiera de requisito tan transcendental.

Como operación preliminar para evitar, no sólo la posible alteración del testamento ó de sus caracteres exteriores, después que quede depositado en el Juzgado, sino también á fin de cerciorarse éste del estado en que lo recibe, si se presenta abierto el escrito ológrafo, el Juez rubricará desde luego todas sus hojas, y si está cerrado lo abrirá, ejecutando seguidamente dicha operación. No se exigen las precauciones indicadas por el art. 1.958 de la ley procesal civil, respecto al testamento cerrado, ó sea que el actuario haya de examinar el pliego en que esté contenido, poniendo diligencia de su estado, y describiendo minuciosamente

los motivos, si existieren, para poder sospechar que haya sido abierto ó sufrido alguna alteración, enmienda ó raspadura.

No creemos que sean superfluas estas previsoras medidas para el testamento ológrafo, aunque no parecen tan precisas como en el cerrado, porque en aquél es accidental la circunstancia de que esté ó no contenido en un pliego. Lo que sí debe hacer el presentante del primero es lograr que se extienda diligencia de presentación, la cual firmará con el Juez, ó con el Juez y el Escribano, recogiendo recibo de los documentos que deje en poder de esos funcionarios, ya que esto lo autorizan las prescripciones generales de la ley de Enjuiciamiento civil.

b) ¿Podrá procederse de oficio á la protocolización de un testamento ológrafo? — ¿Podría el Juez decretar la práctica de las diligencias de protocolización si recibiera el testamento y demás documentos necesarios directamente, ya por el correo ó ya entregados por cualquiera persona á nombre y por encargo de otro?

El caso está resuelto por el Tribunal Supremo con relación á las memorias testamentarias. En sentencia de 22 de Abril de 1874 se consideró que en casos tales, y según el art. 1.207 (hoy el 1.811) de la ley procesal civil, no debía procederse de oficio, porque las leyes *del tít. II, Part. 6.ª,* tratando de la apertura de los testamentos cerrados y de la presentación de memorias, exigen también, entre otros requisitos esenciales, que se extienda diligencia expresiva de la persona que la haya presentado ó en poder de quien ha sido hallada, garantía más esencial cuando pueden *descubrirse* sospechas de falsedad. Estas consideraciones las juzgamos perfectamente aplicables al testamento ológrafo, porque, según hemos dicho en este comentario, la misión judicial en tales materias va impulsada y provocada por los verdaderamente interesados en la sucesión hereditaria de la persona de que se trate, como así es racional y legal que siempre ocurra, y porque, además, el Juez, de poder dar curso al documento ológrafo en la forma antes supuesta, se vería imposibilitado de cumplir los demás extremos que le prescriben los artículos 691 y 692.

En efecto: es de suponer fundadamente que dicho funcionario no pueda determinar las personas que, como de la mayor intimidad del testador, conozcan mejor su letra y firma, ni tampoco quiénes sean su cónyuge, sus ascendientes, descendientes ó hermanos, á fin de dirigirse á los mismos con el objeto de ci-

tarles para la instrucción del expediente de jurisdicción voluntaria á que venimos aludiendo. Estos particulares sólo puede determinarlos la parte interesada, siendo el lugar más adecuado para ello el *Otro sí* de la instancia que con aquel objeto dirija al Juzgado; en cuyo *Otro sí* expresará además el nombre, vecindad y domicilio de los tres testigos, que han de presentarse voluntariamente, ó deban ser citados judicialmente, con el objeto de que presten su declaración únicamente sobre si la letra y firma que se les pone de manifiesto son las que efectivamente acostumbraban á ver usar al testadòr en los asuntos ordinarios de su vida.

Si los testigos se obligan *motu proprio* á comparecer ante el Juzgado, es excusado designar ni vecindad y domicilio, que únicamente se requieren para cuando hayan de concurrir por virtud de mandato judicial y en obediencia á éste, bajo la sanción que, en otro caso, prescriben las leyes correspondientes.

c) De la demostración de la identidad del testamento. — Prueba testifical.—Los testigos ¿han de reunir las condiciones exigidas por los artículos 681 y 682 á los que hayan de testificar en los testamentos? Creemos que no; en todo caso, é interviniendo en trámites judiciales, habrá de acudirse á lo que la ley de Enjuiciamiento civil tiene dispuesto para todos los que, en ese concepto, acudan á los actos contenciosos ó los de jurisdicción voluntaria ante los Juzgados y Tribunales.

En efecto: los testigos á que alude nuestro art. 691 han de ser, ante tòdo, interrogados por los particulares referidos en el artículo 648 de la citada ley de procedimientos, ó sea, por su nombre, edad, parentesco, dependencia, interés directo é indirecto en el negocio de que se trata, amistad ó enemistad con los litigantes. Pues bien: el art. 660 de dicha ley, que señala las tachas de los testigos, dice que incurrirán en aquéllas los que sean parientes por consanguinidad ó afinidad, dentro del cuarto grado civil, del litigante que lo haya presentado; los que al prestar la declaración figuren como socios, dependientes ó criados del que los presentare, los que tengan interés directo ó indirecto en el pleito ó en otro semejante, los que hayan sido condenados por el delito de falso testimonio y los que sean amigos íntimos ó enemigos manifiestos de uno de los litigantes. En correlación virtual con estas disposiciones, nuestro Código civil, en sus artículos 1.245, 1.246 y 1.247, entiende que podrán ser testigos todas las perso-

nas de uno y otro sexo que no fueren inhábiles por incapacidad natural ó por disposición de la ley, encontrándose en el primer caso los locos ó dementes, los ciegos y sordos, en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y el oído, y los menores de catorce años; figurando en la segunda categoría los que tengan interés directo en el pleito, las ascendientes en los pleitos de los descendientes, y éstos en los de aquéllos; el suegro ó suegra en los pleitos del yerno ó nuera y veceversa, el marido en los pleitos de la mujer y la mujer en los del marido, los que están obligados á guardar secreto por su estado ó profesión, en los asuntos relativos á su profesión ó estado, y los especialmente inhabilitados para ser testigos en ciertos actos.

Dado, pues, el silencio del legislador en el art. 691 del Código civil, ¿sería posible que algún Juez ó Tribunal hiciera caso omiso de tan expresivos preceptos y diera por buenas declaraciones, aun limitadas al único extremo determinado en dicho art. 691, del heredero ó herederos, del que solamente tuviere diez años, del cónyuge sobreviviente ó del que adquiriera una manda de importancia por virtud del testamento que se tratara de protocolizar, etcétera? Claro es que algunas de estas causas de inhabilitación ó de incapacidad no son aplicables en todos casos, y hasta, tratándose de legatarios, podría usarse de la tolerancia que da á entender el apartado segundo del art. 682 del Código civil, al disponer que no están comprendidos en la prohibición de ser testigos los legatarios y sus parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia, en relación al caudal hereditario. Pero para esto y para graduar en cada caso el valor de las declaraciones testificales, por la entidad de las circunstancias que amengüen ó destruyan por completo la significación del dicho aseverado, está la importante y delicada facultad otorgada á los Tribunales, de común acuerdo por el art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil y el 1.248 de nuestro Código, de poder apreciar por sí mismos la fuerza probatoria de dichas declaraciones, conforme á las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia de los que las hubieren prestado y las circunstancias que en ellos concurran. De suerte que, aunque en el expediente de protocolización no se acreditaran por algunas de las partes interesadas los motivos que, en sentido de tachas, pudieran oponerse á algún testigo de los presentados para acre-

ditar la autenticidad de la letra y firma del testador, el Juez, apreciando en su conciencia todos esos motivos, en combinación moral con otros extremos que resulten justificados del expediente, podrá negar su aprobación á éste, puesto que con tal objeto le prescribe el art. 693 que no acordará la protocolización si no estima justificada la identidad del testamento. Con lo cual también queremos dar á entender que no porque concurran alguna de las citadas causas ha de ser procedente la desaprobación de las diligencias; algunas pueden afectar en tan poco grado á la veracidad del dicho testifical, que para nada la desvirtúen. Para eso está, repetimos, la apreciación racional y legal que habrán de hacer los Tribunales.

El Sr. Navarro Amandi, en su *Cuestionario del Código civil reformado,* sostiene que si el testamento estuviere contenido dentro de un pliego cerrado y en la cubierta ó en el escrito se encontrara indicación ó disposición del testador ordenando que no se publique alguna cláusula hasta día ó época determinados, debe procederse según para los testamentos cerrados y memorias testamentarias ordena la ley de Enjuiciamiento civil, es á saber: Se suspenderá la apertura, y cuando ésta tenga lugar con las formalidades establecidas, el Juez leerá para sí ó en secreto el testamento, entregándolo después al actuario, á fin de que éste lo lea en alta voz, á no ser que existan esas indicaciones, en cuyo caso la lectura se limitará á las demás cláusulas de la disposición testamentaria. Si bien el Código nada dispone en concreto respecto del particular, debe de creerse que, por analogía, ha de practicarse lo mismo cuando se trate de testamento ológrafo, porque donde hay la misma razón de derecho debe de existir el mismo precepto legal.

Subscribimos también á esta opinión, aunque no desconocemos los inconvenientes que algunas veces traerá consigo, si un mal intencionado, con el objeto de dilatar los efectos del cumplimiento de lo ordenado por el testador, escribe en el pliego cerrado que contenga el escrito ológrafo, la indicación de que no sea abierto ni leído en cierto número de años. Sin embargo, esos mismos peligros pueden darse en la memoria testamentaria, institución la más parecida al testamento ológrafo, y el legislador ha pasado por encima de tales inconvenientes, estatuyendo en el párrafo 2.º, art. 1.972 de la ley procesal civil que si la memoria con-

tuviere la indicación de que no se publique alguna cláusula hasta día ó época determinada, no sólo se omitirá la lectura, sino también el dar toda clase de testimonios, quedando cerrada y archivada hasta que llegue el día ó época determinado por el testador.

Nosotros aconsejaríamos á los Jueces que se encontrasen con un testamento ológrafo encerrado en pliego en cuya cubierta se hallase una indicación de las referidas, escrita y firmada, al parecer, por el mismo testador, que se abstuvieran de practicar los primeros extremos ó preliminares que refiere el art. 691, rubricando simplemente el pliego y expresando el estado en que se recibe: acto continuo deben proceder á la citación de los testigos, y cuando comparezcan á examinar el escrito para deponer acerca de la identidad de la letra y firma del testador, indagarles, ante todo sobre ese extremo, con relación á las manifestaciones estampadas en la cubierta; lo cual también se hará cuando proceda, con los peritos á que se alude en el párrafo segundo de dicho art. 691; y con el resultado que arroje ese primer tanteo de indagación, con mayor conocimiento de causa, podrá el Juez proceder á lo que estime más acertado en cada caso, ya suspendiendo la apertura del pliego hasta la fecha marcada por el testador, ó ya dando por nulas y sin ningún valor ni efecto las advertencias escritas que no reúnan los caracteres de autenticidad exigidos, ó las condiciones que en todo testamento ológrafo ó cláusula separada del mismo, deben concurrir para declarar admisible y válida tal forma de testar: Y hasta en uno de los supuestos, en el de que lo escrito en el pliego indique haber sido falsificado, deducir de oficio los oportunos testimonios para proceder criminalmente contra quien corresponda.

La frase *«duda racional»* á que se refiere el final del primer apartado del art. 691, tiene, en nuestro concepto, explicación bien comprensible. Da á entender que no se exige á los testigos la afirmación absoluta y categórica de que la letra y firma que se les ponen de manifiesto son efectivamente las del testador, asegurándolo bajo la respetabilidad de su palabra y la santidad del juramento que al efecto prestan. Si esto se quisiera significar, contadísimos, si no nulos, serían los casos en que se hallaran personas que pudieran cumplir el referido precepto. La calificación de *«racional»* se opone á la de *«absoluta»* para indicar que en términos de razón, de realidad lógica, del falible carácter que inelu-

diblemente acompaña á las resoluciones del criterio humano, el testigo no abriga duda de que el escrito que se somete á su examen profano coincide en sus rasgos y conjunto con los que en vida extendía el testador; así le parece, asi lo juzga verosímil, asi se lo proclama su conciencia como fruto de una certidumbre adquirida. Y, á no ser palpable y manifiesto el falso testimonio que cometiese con tal motivo quien es llamado á dar fe de extremos tan importantes, el dicho testifical en circuntancias tales bien pudiera ser inocente, aunque inexacto y contrario á la realidad, cabiendo ser destruído por las afirmaciones técnicas del dictamen pericial, más ilustrado y razonado que el primero. Esa frase «*duda racional*» nos recuerda la de «*necesidad racional*» del medio empleado para repeler la agresión, en el ejercicio del derecho de defensa, que el Código penal considera como uno de los requisitos *sine qua non* para que aquél constituya motivo eximente de la responsabilidad criminal.

Los comentaristas de dicho Código, y en especial el insigne Pacheco, explican ese último concepto en términos análogos, aunque, como es natural, mucho más elocuentes á los que nosotros empleamos refiriéndonos al art. 691 del Código civil.

La manera como está concebida la redacción del último apartado de dicho precepto induce la conclusión de que siempre, ó por lo menos en la mayor parte de los casos, el Juez debe acudir al criterio pericial para que le ilustre acerca de la autenticidad del testamento ológrafo, aunque ya estén insertas en los autos del expediente las declaraciones testificales. La prudencia con que el Juez debe de proceder en resoluciones de transcendencia así lo exige, y la índole delicada y peligrosa del testamento ológrafo lo hace necesario para mayor garantía de todos los intereses comprometidos en aquél.

En efecto, el cotejo pericial de letras puede ser una confirmación facultativa del dicho profano de los testigos y un modo de desvanecer las últimas dudas que pudieran ocurrir al Juez acerca de la autenticidad que trata de averiguar y declarar. Para eso se ha escrito la frase del citado último apartado, «*siempre que el Juez lo estime conveniente*», haya habido ó no testigos y dudaran ó no éstos respecto de los extremos por que son preguntados.

El arbitrio judicial en este caso debe de formarse con indepen-

dencia de los sucesos y de su significación, para responder debidamente de las resoluciones que haya de dictar.

La frase *«testigos idóneos»* nos confirma en ciertas observaciones que antes expusimos acerca de las condiciones que deben concurrir en los que sean llamados á testificar sobre la autenticidad del testamento. Si, pues, hay testigos idóneos, *a sensu contrario*, se entiende que puede haber otros que no lo sean. Y como tal calificación no puede referirse á las cualidades de los que testifican en el acto del testamento, ha de aludirse, tratándose de diligencias judiciales, como no puede menos, á los requisitos que ya dijimos establecían el Código y la ley de Enjuiciamiento civil.

El cotejo pericial de letras ha de sujetarse, en lo posible, á las reglas consignadas en los artículos 606 á 609 de la última de las expresadas leyes. Se hará por peritos que, si puede ser, deberán tener título de tales en el arte de la caligrafía; por ejemplo, un maestro titular de instrucción primaria, y no siendo factible, aunque esto ocurrirá contadísimas veces, personas entendidas ó prácticas en dicho arte. Tales peritos se procurará que no sean parientes por consanguinidad ó afinidad, dentro del cuarto grado civil, de los interesados en el testamento, ni que les hayan prestado servicios retribuídos, ni que sean dependientes ó socios de los mismos y que no tengan interés directo ó indirecto en la herencia, ni enemistad manifiesta ó amistad íntima.

Como la prueba de cotejo referida se practicaría, en el caso que tratamos, de oficio, ó sea por voluntad del Juez, el presentante del testamento no tiene necesidad de proponerla en la solicitud inicial del expediente, por ignorar si dicha autoridad se satisfará con las declaraciones que hayan prestado los testigos. Puede, sí, hacerlo subsidiariamente, ó en previsión de que haya de acudirse en su día al cotejo, y hasta aconsejamos que así se proceda, para evitar al Juez toda gestión ó iniciativa oficiosas, que no sean las que ya determinadamente le indica el art. 691, con el objeto también de que no se le crea interesado en la designación de perito ó peritos; pues es lógico suponer que habría de aceptar los que le propusieran, siempre que no le inspirasen fundada desconfianza.

Los peritos habrán de ser uno ó tres. El Juez, según las circunstancias del caso, las dificultades y gravedad de los motivos que aconsejen ese medio de prueba y la entidad de la herencia,

reclamará uno ú otro número para evitar y resolver el caso de que pudiera existir divergencia en los pareceres periciales siendo éstos varios.

En la operación del cotejo se requiere una firma del testador que tenga los caracteres de indubitada, á los efectos del art. 608 de la ley de Enjuiciamiento civil. De los diferentes medios que este artículo cita, sólo pueden admitirse, tratándose del cotejo de la letra y firma del testamento ológrafo, las firmas que consten en escrituras públicas y solemnes y en documentos privados, siempre que hayan sido reconocidas en juicio por aquel á quien se atribuyan las dudosas, ó sea el testador. Este particular, siendo posible, deberá determinarse también por el presentante del testamento en la instancia inicial, porque es más lógico suponer que él ha de saber mejor que el Juez los escritos ó firmas indubitadas que tenga el difunto.

El Juez se constituirá en el punto donde se hallen tales escritos ó firmas, sobre todo si se conservan en protocolo, que no puede sacarse del archivo notarial correspondiente; el Juez, en todo caso, hará por sí mismo la comprobación, después de oir á los peritos revisores, y, como dice el art. 609 de la citada ley procesal, apreciará el resultado de tal prueba conforme á las reglas de la sana crítica, sin tener que sujetarse al dictamen de aquéllos.



De la citación del cónyuge sobreviviente, descendientes y ascendientes legítimos del testador.—En la instancia que dirija al Juzgado correspondiente el que presente el testamento, determinará asimismo si el testador dejó cónyuge sobreviviente, descendientes y ascendientes legítimos ó hermanos, sus nombres y domicilios y la representación legal que, en su caso, tengan algunos, para que el Juez pueda ordenar seguidamente la citación de aquéllos, ó decretar, en otro supuesto, las medidas á que se refiere nuestro artículo 692.

La designación de los hermanos no la creemos siempre precisa, sino cuando falten las demás clases de parientes, porque sólo entonces han de ser citados aquéllos. Además de las personas mencionadas, ha de ser citado el presentante del testamento,

sobre todo si está en éste interesado, y al tiempo de serle notificada la primera providencia que, por consecuencia de la presentación, dicte el Juez, si es que se ordena recibir la información testifical ofrecida.

Ignoramos por qué se exige la citación conjunta del cónyuge, de los ascendientes y descendientes del testador. El cónyuge será, sí, en todos los casos, interesado en la herencia; porque, según el art. 834 del Código, el viudo ó viuda que al morir su consorte no se hallare divorciado, ó lo estuviere por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho á una cuota en usufructo igual á la que por legítima corresponda á cada uno de sus hijos ó descendientes legítimos no mejorados; el art. 836 señala dicha cuota usufructuaria en la tercera parte de la herencia, cuando sólo queden ascendientes del testador; y el art. 837 en la mitad de la expresada herencia, cuando no sobrevivan descendientes ni ascendientes; de modo que el viudo ó viuda siempre resulta interesado en la sucesión. Pero los ascendientes y descencientes conjuntamente, no; porque si existen éstos, los primeros, en calidad de herederos legítimos, nada perciben. Podrá, sí, corresponderles algún legado; pero esto es voluntario en el testador; y en esa contingencia no debería requerirse la citación de los mismos para todas las ocasiones, puesto que por ese principio podrían intervenir en la práctica de las diligencias de protocolización todos los que tuvieren alguna participación en el caudal hereditario ó indirecto interés, por otro cualquier motivo, en el testamento, lo cual no autoriza el art. 692, á pesar de lo que opina cierto tratadista español.

Al parecer, tampoco procede ordenar la citación de los ascendientes ilegítimos del testador, porque el expresado precepto emplea el contrario calificativo para evitar toda clase de dudas sobre el particular; y, sin embargo, en ciertos casos algunos de dichos parientes pueden ser principales partícipes de la fortuna testamentaria, teniendo derecho los hijos naturales legalmente reconocidos, cuando concurran con descendientes legítimos, á su cuota, si cabe dentro del tercio de libre disposición.

Esa cuota puede llegar á ser la tercera parte de la herencia, según el art. 842, cuando el testador no dejare desendientes legítimos. Y á los demás hijos ilegítimos, que no tengan la condición de naturales, les otorga siempre el art. 845 derecho á los alimen-

tos. Todas esas ventajas son recíprocas entre ascendientes y descendientes ilegítimos.

De modo que la citación debe hacerse exclusivamente á los parientes que menciona el art. 692 y al presentante del testamento, cuando figure como parte legítima para provocar el expediente, porque con él será con quien hayan de entendese las diligencias, y á él habrán de entregarse, en su día, las actuaciones para su debida protocolización.

El segundo párrafo del artículo citado hace intervenir al Ministerio fiscal, cuando las personas á que antes nos hemos referido residan fuera del partido judicial en cuyo Juzgado se inicie el expediente, cuando se desconozca el paradero de las mismas, ó cuando sean menores ó incapacitadas sin representación legítima.

Mas estos particulares, ¿basta que los afirme el solicitante de la protocolización y habrá el Juzgado de pasar por tal dicho? Creemos que si no resultan justificados por documentos auténticos ó públicos, que al efecto se aduzcan, la afirmación del presentante del testamento no es suficiente para acordar desde luego la intervención del Ministerio fiscal. El Juez deberá ordenar la citación, y el Escribano ó Alguacil correspondientes extenderán las oportunas diligencias negativas, si proceden, al tenor de las disposiciones generales de la ley de Enjuiciamiento civil sobre dichas materias, y en su virtud, dispondrá el Juez lo que crea justo, principalmente cuando se trate de personas ausentes en partido judicial distinto ó en ignorado paradero.

Es muy expuesto el prescindir de la intervención de los parientes á que venimos refiriéndonos y acordar la supletoria ó subsidiaria del Ministerio fiscal por la sola manifestación del que haya iniciado el expediente, al que puede suponerse interesado, algunas veces, en que no sean oídas en aquél, personas que quizá pudieran oponer fundados reparos á la autenticidad del testamento ológrafo; y constituiría motivo de seria nulidad de las actuaciones en lo futuro, si los parientes que cita el apartado primero del art. 692 formularan reclamación en forma por no haber sido debidamente citados y oídos.

Para abreviar trámites y economizar gastos, aconsejaríamos á todo presentante de testamentos de tal clase, que acompañase desde el principio á su instancia documentos fehacientes que

merezcan, por sí solos, crédito en juicio, en los que se haga constar la residencia fuera del partido judicial de los parientes enumerados en la primera parte del art. 692, así como la edad ó incapacidad de los mismos, si fueran menores ó tuvieran limitada su capacidad jurídica; determinando en tal caso los nombres de los padres, tutores ó representantes legales de los mismos, para que el Juzgado pueda ordenar las citaciones en el domicilio de esas personas. La circunstancia de ignorarse el paradero de alguno ó algunos de dichos parientes, se hará constar por el Alguacil y dos testigos al tratar de practicar la citación en el último domicilio, que designará el presentante del testamento, de los que se encuentren en ese caso; la diligencia resultará hecha en forma más solemne, afirmando tal circunstancia dicho presentante, el Alguacil y los dos testigos vecinos del que, ó los que, cambiaron su residencia á punto ignorado.

El Ministerio fiscal, según el número sexto del art. 838 de la ley orgánica del Poder judicial, tiene, entre otros, muy trascendentales deberes, el de representar y defender á los menores, incapacitados, ausentes ó impedidos para administrar sus bienes hasta que se les provea de tutor para la defensa de sus propiedades. Por esto el párrafo segundo de nuestro art. 692, á falta de los parientes que anteriormente se designan, da su representación al Ministerio fiscal.

No es necesario que concurra la circunstancia de dicho párrafo respecto de todos esos parientes. Pueden ser citados algunos; asistir á la práctica de las diligencias unos, y otros residir fuera del partido judicial, en paradero desconocido, ó ser menores ó incapacitados. En cuanto á los primeros, procederá su citación, y por los que se encuentren en los últimos casos se citará, para que los represente, á dicho Ministerio.

También el art. 1,815 de la ley procesal civil dispone que se oirá al Promotor fiscal en los expedientes de jurisdicción voluntaria, cuando se refieran á persona ó cosa cuya protección ó defensa competan á la Autoridad.

Dicho Ministerio lo constituye en los Juzgados de primera instancia el Representante que nombre el Fiscal de la Audiencia territorial respectiva, á los efectos del art. 58 de la ley adicional á la orgánica de 15 de Septiembre de 1882. A él, pues, procede dirigir la citación si su superior gerárquico no ha usado de la fa-

cultad de delegación ó quiere por sí mismo intervenir en el expediente.

Y, ¿cuál es el objeto de la intervención de esos parientes y del Ministerio fiscal en el expediente de protocolización del testamento ológrafo? Ya lo expresa el apartado último del art. 692; el hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad de dicho testamento. Y, ¿qué extensión tiene esta facultad? ¿Qué alcance puede darse á esa frase, «*observaciones oportunas*»? ¿Podrá el Ministerio fiscal y los parientes recusar á los testigos llamados á comprobar la identidad de la letra y firma del testador, y á los peritos que, en su caso, hayan de practicar el cotejo de letras? Sin que tratemos de desconocer ni de adulterar el carácter especial de los expedientes de jurisdicción voluntaria, á cuya categoría pertenece el de que estamos tratando (los cuales define perfectamente el art. 1.811 de la ley de Enjuiciamiento civil al declarar que son todos aquellos en que sea necesaria ó se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas), opinamos en sentido afirmativo respecto á la duda propuesta.

«*Observación oportuna*» sobre la autenticidad del testamento, puede incuestionablemente ser la que haga cualquiera de los referidos interesados alegando que dicho extremo no podrá de manera acertada comprobarse por medio de testigos ó peritos, parientes próximos de alguno de los herederos ó legatarios de cuota de importancia ó que con los mismos mantengan relaciones de íntima y estrecha amistad, por ejemplo.

El Juez, si ha de dictar el auto de aprobación ó desaprobación del expediente con arreglo á su conciencia y al resultado verdad de las actuaciones, cual se lo encarga el art. 693 al ordenarle que acordará la protocolización «*si estima justificada la identidad del testamento*», no tendrá otro remedio que aquilatar, dentro de los límites, claro es, señalados á la tramitación general de expedientes de jurisdicción voluntaria, el valor de los elementos probatorios que se le propongan ó que él, de oficio, aporte á los autos.

Si lo contrario fuera doctrina legal, por desconocimiento inexcusable del Juzgado, y bajo la sola afirmación del presentante del testamento, que puede estar, como ya hemos dicho, interesado en la herencia y tener derechos contrapuestos respecto á los demás se practicarían, por mera rutina y como simple fórmula las

diligencias de importancia y valor innegables, á que se refieren los artículos 690 á 693 de nuestro Código.

Ya sabemos que el auto que ponga término al expediente de protocolización cabe sea revisado en el juicio declarativo que corresponda, con tramitación más solemne y garantizadora para unos y otros interesados. Pero, aun siendo esto cierto, y refiriéndose, como se refiere indudablemente, á otras exigencias del procedimiento, ¿va á ser materia baladí el acreditar la autenticidad del testamento ológrafo, cuando esta justificación debe tener fundamental importacia, mucho mayor que tratándose de la manera de elevar á escritura pública el testamento ó codicilo hechos de palabra, de la apertura de las memorias testamentarias, por lo mismo que esa nueva forma de testar, de peligrosa y delicada naturaleza, tiene su complemento más preciso y útil en la comprobación judicial?

Tampoco olvidamos que el Juez, bajo su responsabilidad, puede dejar de cumplir lo que con esas «*observaciones oportunas*» se pretenda, del propio modo que cuando las mismas versen sobre la oposición á que se aprueben ó no las diligencias practicadas; porque el Juzgado tiene, por el art. 693, en estos expedientes una misión exclusiva, aunque regulada por razones de prudencia y de amplio criterio, inspiradas en la consideración de hallarse ó no suficientemente acreditada la autenticidad del escrito presentado. Pero nosotros establecemos el *possumus*, la facultad en los parientes y en el Ministerio fiscal de poder intervenir, por ejemplo, en la forma indicada, y la posibilidad legal de que el Juez tenga medios de admitir, sin infracción de precepto alguno sustantivo ó adjetivo, tales extremos para lograr el fin que él también, con igual ó mayor empeño, debe perseguir.

Las repetidas «*observaciones oportunas*» pueden, del propio modo, consistir en la aportación de documentos ó justificaciones que se ofrecieren por dichos parientes ó por el Ministerio fiscal. El art. 1.813 de la ley procesal civil, comprensivo de una de las disposiciones generales sobre jurisdicción voluntaria, prevee el caso de que alguien que tenga interés legítimo en el expediente solicite que se le oiga en el mismo, en cuyo caso se le otorgará audiencia, poniéndosele aquél de manifiesto en la Escribanía por un breve término, que fijará el Juez según las circunstancias; pudiendo, á tenor del artículo siguiente, 1.814, oirse también, cuando

proceda, al que haya promovido el expediente. De suerte que no han de ser de peor condición los que intervengan en las diligencias para protocolizar el testamento ológrafo.

Si interviene el Representante fiscal, podrá emitir su dictámen, no por escrito, como lo haría trastándose de otros expedientes de jurisdicción voluntaria, á los efectos del art. 1.815 párrafo 2.° de la citada ley, sino de palabra, como terminantemente lo prescribe nuestro art. 692. De la propia forma han de evacuar su audiencia los parientes citados; para todo lo cual, además de la intervención que á unos y otros se les conceda durante el periodo probatorio, puede el Juez, terminado éste, señalar un día para la vista, en cuyo acto se oirá á dichos individuos, que informarán libremente, haciéndose constar por el Escribano en un acta sus conclusiones ó peticiones fundamentales.

Incurre en evidente error el tratadista Sr. Abella al expresar la observación de que el Código civil convierte en precisa la asistencia de los parientes, que la ley de Enjuiciamiento, en su artículo 1.965, se limitaba á declarar voluntaria. No es eso lo que indica la simple lectura del primero de dichos preceptos. Respecto al particular, no se ha introducido variación alguna. La que se hace precisa, tanto por la ley procesal como por el Código civil, es la *citación* de los parientes ó del Ministerio fiscal, en su caso; mas la presencia de los mismos, sobre todo de los primeros, es perfectamente voluntaria. Tanto es así que, si bien el Juez, bajo pena de nulidad, no podría proseguir en las diligencias de protocolización, faltando las correspondientes citaciones, sin inconveniente legal alguno, podría continuar actuando, aunque no comparecieran los interesados citados. Ténganse encuenta las minuciosidades de redacción, y obsérvese que, al tratar de la citación, se dice: «*serán citados*», y en el último párrafo del art. 692, «los citados *podrán* presenciar la práctica de dichas diligencias»; de la propia manera que hace el referido art. 1.965.



Del acuerdo judicial sobre la protocolización del testamento ológrafo.—La protocolización la acordará el Juez como consecuencia y término final de todo lo actuado, siempre que para ello existan méritos, usando la forma de un auto, no sólo porque á ello no se

opone el art. 369 de la ley de Enjuiciamiento civil, que trata de las denominaciones y caracteres de las resoluciones de los Tribunales y Juzgados, sino porque en autos se acostumbran á decidir los expedientes de jurisdicción voluntaria. Para los de apertura de testamentos cerrados y protocolización de memorias testamentarias, los artículos 1.968 y 1.974 de la repetida ley ya expresan bien claramente que la resolución procedente se dictará en forma de auto.

Ha de declararse concretamente, en la parte dispositiva de la resolución que se dicte, en qué Notaría debe protocolizarse el testamento ológrafo con las diligencias que le subsigan, para que quien hubiere presentado aquél sepa dónde ha de depositarlo, y los interesados dónde deben ir á solicitar las copias ó testimonios que pidan y sean de dar.

Más, al explicar la frase «*Notaría correspondiente*», nos encontramos con una verdadera contradicción en que incurren las leyes procesal y el Reglamento Notarial. La primera, refiriéndose, como es natural, al testamento ó codicilio hecho de palabra—que es el que debe de equipararse, para los efectos presentes, al ológrafo, puesto que tanto uno como otro se otorgan sin Notario, y de los mismos no puede existir antecedente alguno en ninguna Notaría, lo cual no ocurre en los testamentos cerrados y en las memorias testamentarias,—dispone que la protocolización se hará en los registros de la Notaría de la cabeza del partido; y si hubiere más de uno, *en el que designe el Juez*. Y el Reglamento de 9 de Noviembre de 1874, en los tres últimos párrafos de su artículo 76, ordena que la protocolización se llevará á efecto por Notario colegiado con residencia en el punto donde se halle establecido el Tribunal; correspondiendo la elección entre los que tengan tal calidad, en primer término, á los interesados; no habiendo conformidad entre ellos, al Juez ó Tribunal, quienes harán la designación del que estuviere en turno, para lo cual pasarán la oportuna comunicación al delegado ó subdelegado del distrito notarial ó al decano del Colegio, si fuere en la capital donde éste reside, para que le nombren; el nombramiento por turno ó por designación de las partes se hará constar precisamente en los autos y en la escritura; y cuando el Escribano actuario fuese á la vez Notario podrá prescindirse de dicho turno. Esta evidente oposición entre uno y otro precepto ha sido objeto

de vacilaciones al tratar de decidirse, ó por la ley procesal, que es la que propiamente marca el procedimiento, y por tanto, la más autorizada para señalar éste, ó por la legislación notarial, que también parece que debe ser la más tenida en cuenta en todo lo que se refiera á protocolización de documentos que van á ser notariales, y cuya eficacia y autenticidad han sido contrastadas en un procedimiento judicial, precisamente con ese solo y exclusivo objeto. Tratándose del testamento ológrafo no creemos que deba apreciarse esa pugna de disposiciones legales, por cuanto el artículo 693 del Código civil no contradice la disposición transcrita del Reglamento del Notariado; debiendo, por tanto, ser el Notario correspondiente en cuyo poder se deposite dicho testamento, aquel que resulte de la aplicación del párrafo tercero, art. 76 del expresado Reglamento.

*
* *

¿Cabe el recurso de alzada contra el auto denegatorio de la protocolización del testamento ológrafo?—Del contexto de la última parte de nuestro art. 693, ¿se desprende que son apelables, dentro del mismo procedimiento de jurisdicción voluntaria, las resoluciones que concedan ó denieguen la protocolización del testamento ológrafo? Obscuro se encuentra este extremo, cuando debió aclararse, en un sentido ú otro, teniendo á la vista los preceptos generales que constituyen el tít. I, libro III de la ley de Enjuiciamiento civil. Sin embargo, en dicho último apartado se prevé el caso de que pueda mostrarse oposición á la resolución del Juez; y una de las formas por la que aquélla puede formularse, es la de la alzada contra el auto que otorgue ó desestime dicha protocolización. Además, no puede ser de peor condición el testamento ológrafo que las demás formas de testar, cuya apertura ó elevación á escritura pública se hacen indispensable por las leyes; y tratándose de aquéllas se otorga tal recurso.

Opinamos, por tanto, que en este último caso también son de aplicar los artículos 1.819 y 1.820 de la ley procesal, y por consecuencia, las apelaciones que entonces interponga el que haya promovido el expediente se admitirán siempre en ambos efectos, y las que interpusieren los que hayan venido á aquél, ó llamados por el Juez (como son los parientes que cita el apartado primero del art. 692 del Código) ó para oponerse á la solicitud que

haya motivado la formación de las consiguientes diligencias, serán admitidas en un solo efecto.

Por el art. 1.821 de la ley procesal se dispone que la sustanciación de esas apelaciones se acomodará á los trámites establecidos para los incidentes; declarando el art. 1.822 que contra las sentencias que dictaren las Audiencias se dará el recurso de casación. De modo que, procediendo con lógica, hemos de reconocer que en el expediente sobre protocolización de un testamento ológrafo puede llegar á entender en último recurso el Tribunal Supremo.

***

Si los interesados, en cualquiera de las instancias de la apelación, no se conformaran con el acuerdo adoptado en expediente de jurisdicción voluntaria, el art. 693, obrando según la naturaleza especial de este procedimiento, los autoriza para deducir la reclamación de sus derechos en el juicio que corresponda; el cual no puede ser otro que el declarativo ú ordinario que habrá de determinarse según las reglas de los artículos 483 y 484 de la ley adjetiva civil.

Depositadas ya en la Notaría correspondiente las diligencias judiciales, á cuya cabeza figurará el testamento ológrafo, entra ya de lleno la competencia del Notario; en primer lugar, para incluirlas en su protocolo. Ya en los *Precedentes legales* hemos dado la definición de éste con arreglo á la ley del Notariado, cuyo artículo 31 también expresa que sólo el Notario, ó quien esté encargado legalmente del protocolo, podrá dar copias de él; determinando el art. 77 del Reglamento, que queda prohibido todo registro ó protocolo que no sea llevado por Notario colegiado con arreglo á la ley y á dicho Reglamento.

La frase del art. 693, «*copias ó testimonios que procedan,*» también está empleada con intención, pues el Notario no podrá expedir todas las que le soliciten.

Hay unas primeras copias, traslado de la escritura matriz, que tiene derecho á obtener por primera vez cada uno de los otorgantes (que en el caso presente serán los interesados en el testamento ológrafo protocolizado). Pero, según el art. 18 de la ley de 1862, no podrán expedirse segundas ó posteriores copias de la escritura matriz, sino en virtud de mandato judicial y con

citación de los interesados ó del promotor fiscal, cuando se ignoren aquéllos ó se hallen ausentes del pueblo en que esté la Notaría, siendo innecesaria dicha citación en los actos unilaterales y aun en los demás, cuando pidan la copia todos los interesados. Las copias segundas ó posteriores de los testamentos, cuando procedan, están comprendidas en la excepción referente á los actos unilaterales, según ya sabemos. También tienen derecho, según el art. 82 del Reglamento, á obtener primera copia en cualquier tiempo todas las personas á cuyo favor resulte en la escritura consignado algún derecho, ya sea directamente, ó ya adquirido por acto posterior; en este último caso se expresará en la nota de expedición el carácter con que el interesado pide la copia.

Comparado el procedimiento establecido en el Código civil para la protocolización del testamento ológrafo con el de las legislaciones extranjeras que admiten éste, y aun con el de los mismos precedentes del Derecho español, observamos en el primero una mayor proligidad de garantías y un más cuidadoso esmero en contrastar todos los elementos de autenticidad que hacen eficaz dicha forma de testar, quizá por el carácter de novedad relativa conque aparece en nuestro país, y necesitada, además, de medidas de precaución y de protección que compensen los peligros á que naturalmente se halla expuesta. Así, el proyecto de 1851 se limitaba á exigir que los testigos afirmasen la identidad del testamento, para que el Juez autorizase la protocolización, sin más que rubricar al principio y fin de cada una de las páginas, mandando entregarlo con todas las diligencias al Escribano actuario. El Código italiano (art. 916) ordena el depósito del testamento en poder del Notario, á presencia del Juez municipal de la circunscripción y de dos testigos, extendiéndose la correspondiente acta, que firmarán aquéllos, y uniéndose á la misma el papel que contenga el testamento, el extracto del acta de defunción del testador y la providencia del Tribunal. El art. 1.007 del Código francés prescribe que todo testamento ológrafo debe presentarse, antes de ponerse en ejecución, al Presidente del Tribunal de primera instancia del distrito en que se verifique la transmisión hereditaria, abriéndose si está cerrado; el Presidente extenderá acta de la presentación, de la apertura y del estado del testamento, y mandará que se deposite en manos del Escribano por él comisionado.

SECCIÓN QUINTA

Del testamento abierto.

Nos toca examinar, al presente, la segunda de las formas del testamento común establecidas, ó sea la del llamado testamento abierto, que el art. 679 del Código sabemos que define, diciendo que es aquella en que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

Recordamos en este momento ideas expuestas al comentar los artículos 676 á 680, no sólo porque confirman observaciones que nos sugiere la lectura de los artículos que constituyen la presente sección quinta, sino porque, aunque repetidas, tienen aquí aplicación tan útil, como imprescindible.

En efecto: bien examinado el conjunto de dichos preceptos, confirmamos y aseguramos, como indudablemente exacto, el concepto expresado, de que los dos miembros de la división del testamento en abierto ó cerrado, son, en realidad, la forma pública y la forma secreta de testar. Ya dijimos, y nos conviene repetir, que el testamento abierto, de que vamos á tratar, estaría mucho mejor llamado «*testamento público*», aun para evitar inevitables confusiones, y según hacen muchos Códigos extranjeros. Una simple lectura de los artículos 694 á 705, evidentemente demuestra que se ha simplificado el antiguo organismo testamentario y aun el que se hallaba vigente con anterioridad á la publicación del Código; que han desaparecido los conceptos de testamento oral, nuncupativo, escrito, ante

la idea más fundamental de que las disposiciones del testador sean ó no conocidas y divulgadas. Poco importa que aquél las manifieste de palabra, por escrito, ante Escribano ó sin Escribano, para que el testamento ostente los caracteres de público ó abierto. Lo esencial es que no las haya mantenido secretas, y en un sobre cerrado, para que sólo se hiciesen públicas, cuando ocurriera el fallecimiento de dicho testador.

Y no empleamos los términos de "*público*" y "*privado*", como hacen algunas legislaciones extranjeras, según intervenga ó no un funcionario público que llegue más tarde ó más temprano á incluirlas en su registro ó protocolo, porque tales acepciones no expresan, tan bien como las por nosotros expuestas, el significado real y gramatical de las referidas palabras. Parece algo violento, según el tecnicismo más generalmente admitido, llamar forma pública de testar á la del testamento cerrado, y eso que en ella ha de intervenir forzosamente, según nuestro Código, el Notario correspondiente.

El testamento públicamente manifestado es el que aparece primero en la Historia y el más comprensible en las civilizaciones antiguas. Una biografía de Horacio, atribuída á Suetonio, dice que el poeta expresó su última voluntad oralmente. La circunstancia de poder el testador mantener reservadas sus disposiciones sucesivas fué tenida en cuenta, seguramente, después.

En el pueblo romano, cuna de todo nuestro derecho, los testamentos se otorgaban en los comicios calados, que se reunían por virtud de una solemne convocatoria; forma que no podía ser más pública, por-

que, á presencia de todos los que intervenían en tales asambleas, manifestaba el testador su última voluntad nombrando quién había de ser su sucesor, é invitando al pueblo presente á ratificar esas manifestaciones. Modificada en algún modo la organización política de Roma, y reconociéndose después de esa época la facultad de testar, más que en el ciudadano romano, en el propietario, ó más exactamente en el jefe de familia «*Pater familias uti legassit super pecuniam tutelave suae rei ita ius esto*», el testamento continuó siendo público.

Por esto dice muy bien el jurisconsulto italiano Vittore Vitali, en su monografía «*Del testamento público*» que en los primeros tiempos el testamento era una ley pública; después la promulgación de las Doce Tablas lo convirtió en una ley pública y de familia.

En efecto: la palabra *legassit* se deriva de la voz antigua *lex*, que significa voluntad deliberada públicamente en la Asamblea, porque antes el testamento era una ley que disponía de los bienes del que la dictaba, con aprobación de sus consocios ó copartícipes legisladores; después se hizo ley de familia. El testamento *per aes et libram* es un verdadero testamento público, no en el sentido que el insigne tratadista francés Accarias *(Precis de Droit Romain)* le otorga, al decir que, con referencia á los períodos anteriores, el testamento se había transformado en un verdadero acto privado, porque implicaba un contrato entre el testador y el heredero instituído, sino en el concepto de que las disposiciones de dicho testador se continuaban expresando públicamente. Esa denominación de acto privado se emplea para contraponerla más bien á la manera de testar ante los comicios, por ciudadanos romanos, pues que,

según la primitiva forma, ni era preciso reunir exclusivamente tal cualidad, ni el acto de hacer testamento significaba más que cualquiera otro del propietario en el disfrute y disposición de su fortuna. El testamento *per aes et libram*, no interrumpió, seguramente, la génesis del testamento público, aunque su introducción en el Derecho haya obedecido á otros motivos muy distintos.

Y vienen luego la *mancipatio* y la *nuncupatio*, formas públicas de testar las dos, por cuanto el testador, tanto para aplicar la fórmula de la primera como para respetar el sentido de la segunda, había de expresar su pensamiento ante el *libripende*, el comprador de la familia y cinco testigos.

El testamento nuncupativo (de *nuncupare*, hablar, expresarse oralmente, declarar de viva voz, *nominare*, como dice Ortolán en la *Explicación histórica de las Instituciones)*, por su misma naturaleza es una forma pública de testar, porque en ella su autor necesita manifestar, por medio de su lengua, *traducir paladinamente*, como dicen las Partidas, su pensamiento á los que le escuchan, hasta el punto de que, aunque después se reduzca á escritura, para poder probar su otorgamiento, no pierde por eso su carácter de testamento nuncupativo.

Según el jurisconsulto italiano Grondona *(Il testamento per atto di Notaio)*, en la forma nuncupativa romana, la oralidad vinculada en la sacramentalidad de una fórmula era el modo legal de la manifestación del pensamiento; si el disponente no puede hablar, queda, en su virtud, por la naturaleza, incapacitado para testar en dicha forma.

En nuestros mismos tiempos declara la sentencia del

Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 1861, que la virtud y eficacia del testamento nuncupativo consisten esencialmente en la abierta y paladina manifestación de la voluntad del testador, ya la denuncie oralmente, ya por la lectura de un papel, cédula, apunte ó memoria, para que todos los asistentes al acto lo entiendan y recuerden, siendo de todo punto indiferente que la lea por sí ó la mande leer á otra persona, con tal que, después de leída, le oigan el Escribano, si asistiese, y siempre el competente número de testigos, que aquel es su testamento ó última voluntad.

El *Fuero Juzgo*, en su *ley 11, tít. V, libro segundo*, que trata «*De los escriptos que deben valer o non et de las mandas de los muertos*», indica varias clases de testamento público ó abierto, puesto que supone en la mayor parte de ellas la intervención de las *testimonias* ó testigos sucribiendo ó dando fe de lo que el testador dispone, ó firmando en lugar de él en el cuerpo del escrito. El *Fuero Real* significó lo propio en la *ley 1.ª*, *título V, libro tercero*, aunque dando ya entrada á los Escribanos públicos en el acto de la confección del testamento.

El Rey Alfonso el Sabio, en la *ley 1.ª del tít. I, Partida 6.ª*, amplió la significación del testamento nuncupativo considerándole indistintamente, ya en forma oral, ó ya, como dice en latín, *testamentum in scriptis*.

Esta es la verdadera forma pública de testar, puesto que de la secreta ya declara la *ley 2.ª* de los mismos título y Partida que es «*la que el ome faze de manera que los testigos no sepan lo que yace en él*».

Y llegamos, por fin, á lo que constituía la legislación vigente al empezar á regir el Código civil.

La *ley 1.ª, tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá*, que equivale á la *1.ª, tít. XVIII, libro X de la Novísima Recopilación*, confirmada (la primera) por la *ley 3.ª de Toro*, introdujo tres formas públicas de testar:

a) Ante Escribano y tres testigos vecinos.

b) Ante cinco testigos vecinos sin Escribano.

c) Y ante tres testigos vecinos, cuando no fuera posible encontrar mayor número ni Escribano.

D. Felipe II, por una *Pragmática-Sanción* dada en Madrid en el año 1566, añadió una cuarta forma, ó sea ante siete testigos no vecinos, pero que reunieran las demás condiciones exigidas por el derecho. La tercera de dichas formas era subsidiaria respecto de las otras, según del contexto de la ley claramente se deduce; habiendo declarado el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de Diciembre de 1855, que era nulo el testamento cuando se otorgaba solamente ante tres testigos vecinos, no rogados, sin hacer constar que se hicieron inútilmente diligencias en busca de otros, aunque el otorgamiento tuviera lugar en tiempo de peste y se hallase justificada la no asistencia de Notario.

Con estas ligeras nociones históricas ya podrá comprenderse que nuestro Código civil ha llevado á cabo una misión simplificadora y útil, al unificar las distintas formas de testar vigentes hasta su publicación y hecho desaparecer la confusión que con tal motivo reinaba en el Derecho, hasta el punto de hacer precisas multitud de declaraciones de la jurisprudencia, que determinaran la legalidad de cada una de dichas formas, como hubo de realizarlo en efecto nuestro Tribunal Supremo en diversas ocasiones. En adelante, pues, no habrá otra manera de otorgar testamento abierto que

la regulada en los artículos 694 á 699, y las excepcionales de mayor número de solemnidades de los testamentos del sordo y del ciego (artículos 697 y 698) y de menor número de solemnidades de los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte y en tiempo de epidemia (artículos 700 y 701); de lo que se deduce que existe regulada una forma ordinaria de testar públicamente y otra para circunstancias extraordinarias, las dos comprensivas de testamentos orales; una autorizada por el Notario competente, y las otras, que no precisan de él, pero cuya falta ha de suplirse después por un procedimiento judicial muy análogo al que hemos estudiado al tratar del testamento ológrafo.

El concepto del testamento abierto que desarrolla el Código, fundamentalmente equivale al del nuncupativo, que los romanos hacían descansar en la circunstancia de que el testador expresase su última voluntad, ya con relación á ideas que se trasladaban después á la escritura, ó ya transmitiéndolas á la memoria de los testigos y demás personas que presenciasen el acto.

Del examen de esta sección quinta no se deduce que sea siempre esencial la circunstancia de la escritura para el testamento público, puesto que alguna de las formas, aunque admitidas solamente como supletorias, dispensan dicho requisito. El testamento público que con el Código empieza á regir es, sí, por regla general, un verdadero testamento nuncupativo *in scriptis*, como decían las Partidas; pero es posible legalmente que se dé el caso de algún testamento abierto otorgado de palabra, sin reducirse por el pronto á escrito.

Lo esencial de él, de todos modos, decimos con los

Códigos del Uruguay (art. 753) y chileno (art. 1.015), es que el testador haga sabedores de sus últimas disposiciones al Escribano, si lo hubiere, y á los testigos.

ART. 694. El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno, á lo menos, sepa y pueda escribir.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma sección.

Concordancias.—Análogo al art. 565 del proyecto de Código de 1851, é igual art. 691 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, libro segundo, título V, ley 11.*—Si algun omne faze manda de sus cosas por escripto, e si el escripto fuere confirmado de la mano del qui lo fizo e de las testimonias; o del uno destos, o de las testimonias, o de aquel que la faze; o si aquel que faze la manda non sabe escrevir por su mano, e diere otro omne que escriva por el, o que lo sennale el escripto; o si algun omne faze su manda ante testigos sin escripto; cada una de estas quatro maneras de fazer mandas deve valer...

Partida 6.ª, tít. 1, ley 1.ª—... E son dos maneras de testamento. La vna es, a que llaman en latin *Testamentum nuncupatiuum,* que quiere tanto dezir, como manda que se faze paladinamente ante siete testigos, en que demuestra el que lo faze por palabra o por escripto, a quales establesce por sus herederos, e como ordena, o departe las otras sus cosas...

Novísima Recopilación, libro décimo, tít. XVIII, ley 1.ª (19 del Ordenamiento de Alcalá).—Si alguno ordenare su testamento o otra postrimera voluntad con Escribano publico, deben ser presentes a lo ver otorgar tres testigos a lo menos vecinos del lugar donde el testamento se hiciere y si lo hiciere sin Escribano público, que sean ahi á lo menos cinco testigos vecinos, segun dicho

es, si fuere lugar donde los pudiere haber, y sino pudieren ser habidos cinco testigos ni Escribano en el dicho lugar, a lo menos sean presentes tres testigos vecinos del lugar.

Ley 2.ª de los título y libro referidos (3.ª de Toro).—Ordenamos y mandamos que la solemnidad de la ley del Ordenamiento del señor Rey D. Alonso de suso contenida, que dispone quantos testigos son menester en el testamento, se entienda y platique en el testamento abierto, que en latin es dicho *nuncupativo,* agora sea entre los hijos ó descendientes legitimos, ora entre herederos extraños, pero en el testamento cerrado que en latin se dice *in scriptis;* mandamos que intervengan á lo menos siete testigos con un Escribano...

ART. 695. El testador expresará su última voluntad al Notario y á los testigos. Redactado el testamento con arreglo á ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, se leerá en alta voz, para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador y los testigos que puedan hacerlo.

Si el testador declara que no sabe ó no puede firmar, lo hará por él, y á su ruego, uno de los testigos instrumentales ú otra persona, dando fe de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos no pueda firmar.

El Notario hará siempre constar que, á su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

Concordancias.—Análogo á los artículos 565, 567 y 568 del proyecto de Código de 1851 y al 592 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 696. Cuando el testador que se proponga hacer testamento abierto presente por escrito su disposición testamentaria, el Notario redactará el testamento con arreglo á ella y lo leerá en voz alta en presencia de los testigos, para que manifieste el testador si su contenido es la expresión de su última voluntad.

Concordancias.—Análogo al art. 694 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 694, 695 Y 696. — I. *Del testamento abierto.*—La noción exacta, la esencia del testamento abierto ó público la encontramos en las primeras palabras del art. 695. *El testador expresará su última voluntad al Notario y á los testigos.* Y por esa misma nota diferenciadora se distingue de los otros testamentos comunes, el ológrafo y el cerrado, en ninguno de los cuales necesita el testador divulgar sus últimas manifestaciones; en el primero, porque no intervienen Notario, testigos ni ninguna otra persona, y en el segundo porque aquéllas emplean sus oficios con posterioridad al otorgamiento del testamento, y sólo para autorizar la cubierta que envuelve lo escrito por el testador exclusivamente, ú otra persona á su ruego, pero firmándolo y rubricándolo aquél.

a) Condiciones que deben concurrir en el Notario autorizante. — Ahora bien, y antes de pasar adelante á examinar el valor y alcance de las primeras frases del citado art. 695, ¿qué condiciones han de reunir ese Notario y testigos en el testamento público? De esta tarea se ocupa el artículo anterior 694, aunque no sea más que por medio de indicaciones vagas y generales. La lógica parece indicar que el art. 695 debía anteceder al 694, ya que éste no admite fácil explicación sin tenerse sabido por el primero qué funciones van á ejercer en el testamento abierto el Notario y los testigos, para deducir y justificar de ese modo las cualidades naturales y legales que deben forzosamente acompañarles, si han de responder al objeto de su intervención en ese acto solemne.

Respecto al Notario, el art. 694 se limita á decir que ha de ser hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, debiéndose buscar la solución del enigma en la ley del Notariado, la cual, en su art. 8.°, declara que los Notarios podrán ejercer indistintamente dentro del partido judicial en que se halla su Notaría, reputándose como un solo partido judicial las poblaciones en que hubiere más de un Juzgado de primera instancia. Y tan terminante es esta disposición, que el art. 26 del Reglamento para la ejecución de la mencionada ley ordena que los Notarios carecen de fe pública fuera de su respectivo distrito notarial, el cual lo constituye, según el art. 3.° de la ley, cada partido judicial, dentro del que se crearán tantas Notarías cuantas se estimen necesarias para el servicio público, tomando en cuenta la población, la frecuencia y facilidad de las transacciones, las circunstancias de localidad y la decorosa subsistencia de los Notarios. Dentro del pueblo de la residencia del Notario, puede éste desempeñar su misión en cualquiera de los puntos que aquél comprenda, aun habiendo varios Notarios, y siempre que sea llamado por el que libremente le escoja para fedatario de sus actos, puesto que tal cargo es de completa confianza y ésta no tiene más límites que el referido impuesto por las leyes en razón á la residencia. Indica el Reglamento (art. 27) un caso de excepción en que el Notario puede dar fe en pueblos del domicilio de otro Notario, y es cuando, habiendo sido previa y especialmente requerido, existan circunstancias de incompatibilidad del Notario residente, ó de enfermedad ó imposibilidad física de alguno de los otorgantes que le impida trasladarse á la residencia del Notario requerido, lo cual se hará constar necesariamente en el instrumento, bajo la más estrecha responsabilidad del Notario autorizante. Con posterioridad á la ley del Notariado, y en sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Junio de 1864, se declaró que, aunque en un pueblo exista Escribano público de número, si se justifica, según la calificación y apreciación que de la prueba documental y de testigos haya hecho la Sala sentenciadora, que en aquella fecha se hallaba dicho funcionario gravemente enfermo é imposibilitado de ejercer su oficio, no puede declararse la nulidad de ningún codicilo por ese motivo. Podemos, pues, estimar éste como otro caso de excepción al principio de que el Notario no habrá de ejercer más que dentro de su distrito notarial. Según

sentencia de 18 de Junio de 1869, se entiende que no existe Notario en un pueblo siempre y cuando el que hay, único, tiene incapacidad legal para autorizar como tal un testamento, por ser hermano del que es nombrado heredero. Por último, en Resolución de la Dirección general de los Registros y del Notariado, de 30 de Septiembre de 1891, se estableció la doctrina de que lo único que exige el Reglamento, en cuanto á la causa de hallarse el otorgante, por imposibilidad física ó de enfermedad, impedido de trasladarse á la residencia del Notario, es que conste necesariamente en el instrumento, bajo la más estrecha responsabilidad del Notario autorizante, lo cual implica que toda infracción en este particular lleva consigo una corrección al Notario; pero no afecta á la validez del título, que, al fin, ha sido autorizado por funcionario que ejerce su ministerio dentro del territorio en que tiene fe pública; por lo que, llegado un caso de aplicación del texto reglamentario, lo único que ha de constar en el título es la causa que motiva la autorización del Notario en lugar del domicilio de otro, mas no la justificación de esa causa, la cual queda confiada á dicho funcionario, bajo su más estrecha responsabilidad, que sólo pueden exigirle la Junta Directiva del respectivo Colegio notarial y la Dirección general en su caso.

De suerte que, la única prohibición absoluta que deducimos de tales consideraciones, es la de que el Notario ejerza su cargo fuera del distrito notarial, siendo relativa, la que se refiere al ejercicio en pueblo de ese distrito distinto del que tenga por residencia dicho Notario. Por cuyo motivo no será posible legalmente á los efectos del art. 687. declarar la nulidad de un testamento abierto en que concurran esas circunstancias, aunque el Notario no haga mención del motivo por qué da fe en pueblo diferente del de su residencia. Esto, á lo más, dará lugar á una responsabilidad del orden gubernativo; pero sin otra trascendencia ulterior que afecte al fondo y demás solemnidades del testamento.

b) Condiciones que han de concurrir en los testigos instrumentales para su idoneidad. — Número de testigos. — La calificación de «*testigos idóneos*», que emplea el art. 694, tiene su razón de ser. Como hay testamentos en que se dispensa á aquéllos de alguna de las cualidades legales que se deducen del contexto de los artículos 681 y 682, cuando el Código pretende hacer constar la ne-

cesidad de que se cumplan estrictamente tales preceptos, se vale de la citada locución que encontraremos usada también en otros casos análogos al presente. Así, pues, tratándose del testamento abierto normal, del hecho con el número mayor de solemnidades, incluyendo los que otorguen el sordo y el ciego, no caben otras dispensas en la capacidad legal de los testigos que las ya previstas en general por el citado art. 682, es decir, con relación á los que al mismo tiempo figuren como legatarios, ó sus parientes, cuando el legado sea de algún objeto, mueble ó cantidad de poca importancia comparados con el caudal hereditario.

Y hasta tal punto revela el legislador su propósito, confirmando las expuestas observaciones, que á la frase de «*testigos idóneos*» añade la de «*que vean y entiendan al testador*», la cual juzgamos como una verdadera superabundancia; puesto que ya queda dispuesto en el art. 681, para toda clase de testamentos en general, que no podrán ser testigos los ciegos, los totalmente sordos y *los que no entiendan el idioma del testador*.

Esos tres testigos han de intervenir, no sólo realmente en el otorgamiento del testamento, sino también figurar en la escritura que se extienda, sin que puedan ser sustituídos por otros que estuvieren en las mismas condiciones; porque como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 1862 (que puede perfectamente aplicarse á la legislación que hoy está en vigor), exigiendo las leyes como solemnidad para la validez de los testamentos la intervención de los testigos en el número que las mismas prescriben, la falta de los que, en el documento autorizado por el escribano, aparezcan haber intervenido con aquel carácter, no puede suplirse con otras personas de que no se hace mención en él, por más que se hubiesen hallado presentes en aquel acto; pues, aun cuando su testimonio pudiese constituir un medio ordinario de prueba en otro caso, no es suficiente ni admisible para subsanar el defecto de la solemnidad requerida.

El Código civil, respecto al número de testigos en el testamento abierto, adopta un término medio de entre los sistemas seguidos por las legislaciones extranjeras, habiendo tenido seguramente en cuenta que, al derogar las leyes de la *Novísima Recopilación* y del *Ordenamiento*, sobre las distintas formas de otorgar testamento abierto, alguna de las cuales lo facilitaba extraordinariamente, no debía tampoco sustituirlas con disposiciones que pu-

siesen trabas é introdujesen otras dificultades y precauciones más que las necesariamente requeridas por la naturaleza de las cosas, para seguir fiel al principio tan recomendado de que el acto de testar se halle al alcance del mayor únmero posible de personas en las distintas y variadas circunstancias en que aquéllas puedan encontrarse en su vida.

Exigen la concurrencia de dos testigos idóneos con el Notario, los Códigos de Holanda (art. 985). Vaud (649) y de Valais (627); reclaman dos testigos, asistiendo dos Notarios, ó cuatro, si interviene un sólo Notario, los Códigos francés (971) italiano (777); tres testigos con el Notario, los Códigos de la Luisiana (1.571), Bolivia (668), Méjico (3.768), Uruguay (755), Guatemala (772), Chile (1.014), de la República Argentina (3.654), de Austria y del cantón de Bâle; requiere cuatro testigos el Código del cantón de Neuchâtel (711); los Códigos portugués y del cantón de Tessino exigen cinco testigos; el Código ruso (867), en el testamento privado, que es el más parecido al nuestro nuncupativo, pide tres testigos, los que reduce á dos si entre ellos se encuentra el confesor del testador. Según las disposiciones del Derecho común alemán y del Código de Baviera, el testamento nuncupativo debe hacerse ante cinco testigos. Por último, en las diversas regiones autónomas de los Estados Unidos basta que firmen ó reconozcan el testamento escrito ó público dos ó tres testigos.

Nosotros estimamos suficiente el número de testigos que exige nuestro art. 694, teniendo en cuenta, como dice un ilustre jurisconsulto italiano, que la tendencia del moderno Derecho se fija, más que en el número de los testimonios, en la calidad de éstos, principalmente tratándose de actos notariales: Y al examinar los artículos 681 y 682 ya hemos advertido lo riguroso que se había mostrado el legislador español al aquilatar las condiciones físicas y morales de los que han de intervenir testificando en el testamento. De modo que pueden considerarse de calidad los tres testigos idóneos que autoricen un testamento abierto, si se cumplen extrictamente los referidos preceptos.

La exigencia de que uno de dichos testigos, por lo menos, sepa y pueda escribir, obedece á la contingencia prevista en el artículo 695, de que el testador no sepa ó no pueda firmar el testamento; en cuyo caso lo hará por él, y á su ruego, uno de los

testigos instrumentales ú otra persona; lo que ocurrirá también cuando alguno de los testigos no pueda firmar.

c) *¿Subsiste actualmente la rogación de los testigos?* — Los testigos, ¿habrán de ser rogados previamente para el testamento, cual exigían las leyes romanas y de Partida? El distinguido tratadista Sr. Morató (en su *Derecho civil español con las correspondencias del romano*, tomo II, pág. 42) sostiene la negativa con observaciones exactísimas y luminosamente expuestas, que por completo hacemos nuestras. Dice que, si bien tal requisito fué trasladado del Derecho romano al de Partidas, lo suprimió la *ley 19 del Ordenamiento de Alcalá*, dictada para establecer un sistema de sencillez en materia de testamentos conforme con el de nuestra antigua legislación pátria; la rogación era más bien consecuencia del principio de los romanos «*testamentifactio est iuris publici*»; carácter que no ha tenido esa facultad entre nosotros, y que considerada más bien como uno de los derechos civiles, ningún objeto tiene ya hoy, pues las leyes actuales sobre testamentos, tienden solamente á evitar que sea defraudada la voluntad de los testadores, y ese requisito de la rogación, para nada se relaciona con dicho propósito: Y además de no ser exigido por las disposiciones vigentes, está en oposición con su espíritu de sencillez y es únicamente una fórmula rutinaria, inútil y destituída de verdad en el mayor número de testamentos en que se emplee; por lo cual, suprimida en éstos la fórmula de la rogación, serán los mismos válidos, si en ellos se han observado las verdaderas solemnidades del Derecho.

Estas ideas, claro es que han de tener mayor oportunidad y fuerza de aplicación, tratándose del vigente Código civil, que todavía ha simplificado mucho más que las leyes anteriormente en vigor, el organismo testamentario. Gutiérrez, en sus *Códigos fundamentales*, parece sostener lo contrario, cuando escribe: «verdad es que las leyes callan, pero las leyes no necesitan recomendar una circunstancia que la práctica exige como un acto de urbanidad y que de hecho se presume para evitar también el caso de que no depongan como testigos, simples advenedizos ó pasajeros». No pueden convencer á nadie estas razones, cuando es incuestionable que en el encabezamiento del escrito testamentario han de consignarse los nombres y circunstancias personales de los testigos que intervengan realmente como tales en el testamento de

que se trata. La Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de Febrero de 1881, ha hecho acallar todas las discusiones, declarando que no son necesarios, ni el llamamiento ni la rogación de los testigos, porque la ley de Partida que exige estos requisitos fué derogada por la *ley 13, título XVIII, libro 10 de la Novísima Recopilacion*.

***

La excepción á que se refiere el párrafo 2.º del art. 694, alude como parece indudable, á los testamentos otorgados en tiempo de epidemia y en peligro inminente de muerte; y cuando examinemos éstos, ya haremos ver el alcance que pueda tener dicha excepción, tal como se halla formulada en el Código. Á los testamentos del sordo y del ciego, no puede aquélla referirse porque en ellos no se extreman más las solemnidades exigidas; y por tanto no es lógico concederles dispensas, cuando el legislador, en los artículos 697 y 698, ha dado á entender más bien lo contrario.

II. *Del otorgamiento del testamento abierto.—Redacción de la escritura testamentaria.*—Presentes los expuestos preliminares, examinemos ya cómo *debe hacerse* el testamento abierto. La forma más perfecta, el ideal, como si dijéramos, lo expresa la primera parte del art. 695, puesto que la otra manera que regula el siguiente artículo se aparta algo más de la verdadera noción del testamento nuncupativo, que, como ya hemos hecho observar, equivale, en el tecnicismo jurídico moderno, á testamento público. La forma de éste, más comprensible y propia, es aquella en que el testador, reunidos Notario y testigos, les manifiesta de palabra que va á otorgar su última voluntad en los términos que detalladamente entonces expresará, cuyas disposiciones ha de convertir seguidamente en escritas el Notario, ó un amanuense suyo, bajo su inmediata y directa intervención. Ese escrito deberá leerse á los presentes, quienes lo subscribirán en señal de aprobación, siempre que convengan en ésta; y el testamento quedará de esa suerte otorgado.

El art. 695, sin embargo, no prohibe que dadas previamente por el testador al Notario instrucciones de cómo ha de redactar el

testamento, se reúnan después, para el acto real del otorgamiento uno y otro con los testigos ante los cuales se lea la disposición escrita. Y que esto puede lícitamente hacerse, nos lo enseña además una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Junio de 1894, en uno de cuyos *Considerandos* se sostiene como doctrina legal, la de que ni el art. 695 ni ningún otro del Código civil, prohiben que, como diligencia previa al otorgamiento, útil y necesaria muchas veces por la extensión é importancia de las cláusulas testamentarias, el testador participe su voluntad al Notario para que se redacte por éste, con estudio y detenimiento que garanticen en el acto solemne del otorgamiento la exactitud y claridad de la que ha de ser fiel expresión de la libre y expontánea voluntad del testador; observándose las solemnidades del otorgamiento y existiendo la unidad de acto cuando el testador manifieste claramente su propósito al Notario y á los testigos, sin que indique la ley por quién ni dónde ha de redactarse el testamento, ni si ha de serlo antes ó en el acto del otorgamiento y solamente que se expresará el lugar, año, mes, día y hora, leyéndose en alta voz para que el testador manifieste si está conforme la redacción con su voluntad y firmándose en el acto, si lo estuviera, por el testador y los testigos que puedan verificarlo.

En recentísima sentencia publicada en 18 de Junio de 1896, se sienta en el *Considerando primero* la misma doctrina, repitiendo hasta las palabras de la de 5 de Junio de 1894.

Y eso que la sentencia de 18 de Junio se refiere á un testamento redactado en el tiempo que rigió la primera edición del Código civil, cuyo art. 695 decía literalmente: «El testador *expresará su última voluntad en presencia de los testigos y del Notario*. Este redactará las cláusulas y las leerá en alta voz, *presentes también los testigos*, para que el testador manifieste si está conforme con ellas.»

No obstante la diferencia de redacción del art. 695, en la edición primitiva del Código y en la reformada, y de que las palabras que dejamos subrayadas pugnan abiertamente con la interpretación sentada por el Tribunal Supremo con la autoridad que le comunica su encumbramiento, lo cierto es que ha medido con el mismo rasero ambas versiones legales del art. 695, dando en esto muestras de gran sentido práctico, siquiera haya sido con manifiesta violencia y fractura del texto del susodicho artículo en la primera edición del Código civil.

De suerte que, al contrario de lo que pudiera creerse, el mismo Tribunal Supremo recomienda que en algunos casos se haga uso de ese procedimiento para garantizar mejor la formación perfecta del testamento.

Convienen los autores, aun en oposición á ciertos fallos de los Tribunales franceses, que debe ser nulo el testamento en que el testador expresa con signos ó con monosílabos afirmativos, por las preguntas de un tercero, su última voluntad. Goyena lo cree indiscutible, aun con relación al precepto correspondiente del proyecto de 1851, menos expresivo sobre el particular que los de nuestro Código civil. Como dice Rogrón, el testador debe pronunciar *palabra á palabra* lo que desee que sea escrito por el Notario; de lo cual se sigue que los mudos no pueden testar en esta forma. Un decreto del Tribunal de Poitiers, que cita dicho autor, de 30 de Junio de 1836, declara que un testamento copiado de notas remitidas por el testador al Notario, procede reputarlo nulo.

A tanto ya sabemos que no llegan las leyes españolas, según lo que da á entender la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente mencionada.

El testamento por minutas ó instrucciones previas dadas al Notario tiene, aun admitido hoy, algún inconveniente; como el de que aquel no traduzca con toda la posible fidelidad los pensamientos del testador. Por esto, el ilustre Laurent (en sus *Principes du Droit civil),* y algunos otros jurisconsultos expresan que, siendo posible que el Notario, al escribir el testamento, cometa omisiones, errores, inexactitudes, puede ocurrir que el testador se encontrare durante la lectura en la precisión de hacer correcciones numerosas; y en evitación de esto y por no perder tiempo en la lectura de un nuevo escrito, habiendo de inutilizarse el primeramente hecho, será preferible aconsejar que dicho Notario prepare antes una minuta, la cual, después de las correcciones y modificaciones que se ocurran al ser leída, pueda mejor y con menos riesgo ser puesta en limpio, para que quede convertida en el verdadero instrumento testamentario.

Este comenzará encabezándose con la designación del lugar en que se otorgue; cuyo extremo es de interés y constituye requisito de los más imprescindibles. Necesita conocerse tal lugar para determinar por él la legislación civil que debe aplicarse, no sólo tratándose de las formalidades extrínsecas del testamento, sino

también de las internas, y principalmente de la relativa á la cuota hereditaria de que el testador libremente puede disponer. Por el lugar se determinará además si el Notario autorizante es el Notario hábil á que se refiere el art. 694.

El lugar del otorgamiento indicará también si el requisito de la vecindad de los testigos fué estrictamente observado, puesto que esa vecindad es término forzoso de relación con la del testador.

El año, mes, día y hora constituyen la fecha del testamento, circunstancia también de ineludible consignación, y que se acostumbra, según la fórmula más corriente de redacción de instrumentos notariales, á indicar á continuación del lugar. Se precisa hasta la exigencia de la hora en que se otorgue la última voluntad, en nuestro concepto con mucha oportunidad y razón, porque podría muy bien darse la contingencia de que aparecieran dos testamentos abiertos de un mismo individuo, ó uno cerrado y otro público, ó uno abierto y otro ológrafo, etc., extendidos en un mismo día, y sería en ese caso muchas veces difícil de apreciar para los efectos de la revocación de un testamento anterior por otro posterior, cuál era el que debía prevalecer. Con la designación precisa de la hora, ya no será de temer tal suposición hoy, por lo menos, entre cierta clase de testamentos.

Lo sensible es que el legislador haya omitido exigir ese requisito al regular el testamento ológrafo; cuya observación se nos olvidó exponer en el comentario correspondiente. La regla sexta del art. 707 terminantemente ordena, con referencia al testamento cerrado, que en el acta que se extienda sobre la cubierta se hará constar además el lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento. De modo que si aparecen dos testamentos, uno ológrafo y otro abierto ó cerrado, y el primero se encuentra otorgado con arreglo al tenor riguroso del art. 688, resultará á veces tarea más que difícil, imposible la de saber cuál es la última voluntad del que ya es difunto. Y que esta previsión no tiene nada de inverosímil, lo demuestra el caso muy comprensible de que un testador, deseando cambiar las disposiciones que acabara de otorgar ante Notario y testigos, descontento de lo hecho ó comprendiendo que lo hizo por la influencia moral que la presencia de aquéllos le infundía, y tratando de evitar el compromiso de tener que exponerles las vacilaciones ó dudas que le

ocurran, ó el cambio de su conducta ó cualesquiera otros motivos, teste seguidamente en la formar ológrafa, olvidándose de hacer mención de la disposición abierta que recientemente otorgara con otra clase de solemnidades. ¿A cuál testamento se dará la preferencia? La cuestión la resolverían entonces los Tribunales de justicia ante los que se llevare el litigio; y la apreciación racional y justa de la prueba practicada sería la que decidiese la duda controvertida; por culpa del legislador que, por la omisión de una sola palabra, dió origen á aquel pleito y otros análogos, que la p ráctica seguramente ha de ofrecer.

La ley *Notarial italiana* (artículos 43, núm. 1.°, y 49, núm. 4.°) dispone que el instrumento debe contener la indicación del mes, del día, del término municipal y de la casa en que el acto se realice, *y en las disposiciones de última voluntad,* también la hora; cuya omisión lleva envuelta la nulidad.

A continuación de esas designaciones, y no perdiéndose nunca de vista que el escrito testamentario de que estamos tratando es una verdadera escritura matriz (pues constituye el original que el Notario ha de redactar sobre el acto sometido á su autorización, *párrafo segundo de la ley del Notariado),* en el encabezamiento del testamento abierto se hará constar igualmente el nombre, circunstancias personales y vecindad del Notario autorizante; acostumbrándose á indicar además el Colegio notarial á que pertenece. La omisión de estas circunstancias, al igual de lo que expresa el art. 110 de la ley *Notarial italiana,* no traería consigo la nulidad del acto, sino solamente la aplicación de una multa ó corrección gubernativa por la falta. Recuérdese, sin embargo, lo que tenemos dicho para cuando resultase acreditado que el Notario había autorizado un testamento fuera de su distrito notarial; limitándose las tolerancias sobre el particular á los casos en que intervenga como tal en pueblos comprendidos dentro de dicho distrito.

Seguidamente vendrá la designación del testador, con su nombre y dos apellidos, vecindad, edad, profesión y demás indicaciones, que tiendan á individualizarlo; excluyendo, como dice el jurisconsulto Grondona, todo equívoco ó posibilidad del cambio con homónimos, caso no posible especialmente con el transcurso del tiempo. Entonces será ocasión de aplicar el párrafo último del art. 695, haciendo constar el Notario que, *á su juicio,* el

testador se halla con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento. Ya puede comprenderse que, acerca de este extremo, se ocurren las mismas observaciones que expusimos al comentar el art. 685 del Código, donde expresamos que la Comisión que llevó á cabo la revisión de aquél, de cuyos trabajos salió la última edición oficial de dicho Cuerpo civil, considerando algo duro y violento el obligar á los Notarios á asegurar la referida capacidad legal, modificó muy oportunamente el concepto anteriormente expresado, poniéndolo de acuerdo con el correlativo del art. 6.° de la Instrucción sobre la manera de redactar instrumentos públicos sujetos á registro. Igual proceder adoptó dicha Comisión en el artículo que examinamos. En el correlativo de la primera edición se disponía que «*El Notario dará siempre fe de hallarse el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento*», mas hoy ya puede hacer descansar tal afirmación sobre la apreciación ó juicio personal que en cada caso concreto forme de la expresada capacidad.

El Notario procurará *redactar* el testamento con sujeción fiel á las ideas que se le expresen, sin dar precisamente valor sustancial á las mismas palabras que exterioricen aquéllas. No ha de entenderse esta obligación, en sentido tan literal que no pueda desempeñarla por medio de una tercera persona, de un amanuense que escriba lo que aquél á su vez dicte, según vaya manifestando su voluntad el testador, ó después que éste concluya oralmente de expresarla; por esto dice el art. 778 del Código italiano que el testador declarará su voluntad, la cual se redactará por escrito bajo la dirección del Notario. Algunos jurisconsultos franceses, como Toullier, Favard, Grenier, Delvincourt y Duranton, entienden que el Notario no ejerce la sola función mecánica de escribir el testamento al dictado, sino la de erigir la manifestación hablada del testador en instrumento público, comunicándole el requisito de la autenticidad; por lo que la jurisprudencia y la doctrina convinieron en que no debía considerarse al Notario como un mero reproductor de frases, sino como un traductor libre de los conceptos expresados por el disponente.

Al prudente arbitrio del Notario queda reservada, si es que el testador no quiere que hasta en eso se respete su voluntad, la ordenación de las cláusulas del testamento, siguiendo en la confección de éste el orden y estructura que tenga por costumbre

ó los que estime más convenientes, dentro del criterio con que entienda las funciones notariales.

Habitualmente suelen comenzar los testamentos, por una declaración de fe religiosa, que á nosotros (lo confesamos sinceramente) nos ha producido siempre muy escaso respeto, cuando no indiferencia ó desagradable impresión. Generalmente, y en este sentido hablamos, se hacen esas declaraciones con arreglo á un patrón ó formulario, igual para todos los casos, sacado de algún *libro de modelos,* y que saben de memoria y de corrido cualquier aprendiz ó cualquier amanuense de Notaría, declaraciones que se estampan en esa forma después de hacer, á lo más, al testador la pregunta de si es católico ó de si cree en Dios.

Aparte de que esa fórmula resulta una fría expresión, por lo repetida y usada, de ideas de transcendencia y espontaneidad, como son las que afectan á las creencias religiosas, en los momentos augustos que miran á la eternidad, puede en ocasiones no ser reflejo exacto de los verdaderos juicios del testador sobre esa materia y que acaso éste no tenga interés en rectificar, al dársele lectura de lo escrito, por no dilatar ó entorpecer el acto de otorgamiento del testamento, ó por juzgar, dentro de los principios filosóficos que profesa, de escasa importancia ó indiferentes las manifestaciones que son y serán siempre las más graves y fundamentales que preocupan á la mente humana.

Preferible nos parece que la confesión religiosa se haga siempre en términos concisos y espontáneos para que represente en cada caso, no sólo la solemnidad de la declarrción, sino también la mayor intervención que en la manera de expresarla haya tenido el testador.

Venimos observando que ese lugar de los testamentos es al que se otorga menos cuidado é interés, reservándolo casi siempre á la parte formularia del instrumento; lo cual no lo juzgamos de conveniencia y utilidad prácticas para lo futuro, porque si se diera el caso de haber de interpretar una cláusula testamentaria dudosa que se relacionase con las ideas religiosas profesadas por el difunto, sería difícil averiguarlas con toda exactitud por entre las frías y estereotipadas frases de un *modelo* de testamentos. A este propósito recordamos un curioso fallo del Tribunal de casación francés, fecha 27 de Abril de 1857, declarando nulo un testamento cuyo preámbulo, que expresaba la profesión de fe reli-

giosa del testador, no había sido dictado por éste al Notario, el cual lo copiara de un proyecto escrito por aquél, que hasta esta circunstancia concurría; habida consideración á que eliminada la profesión de fe religiosa bajo cuya invocación se otorga el testamento y del que forma parte integrante, del requisito sustancial de su expresión oral en presencia de los testigos se desconocería la solemnidad de las formas á las que está subordinada la existencia legal de la disposición testamentaria.

Concluído de escribir el testamento, *se leerá* en alta voz, á fin de que el testador únicamente, manifieste si aquél está conforme con su voluntad, puesto que el Notario y los testigos han de limitarse á certificar de haber oído á dicho testador la expresada manifestación. Es indiferente que el otorgante lea por sí mismo el documento en que consigna su última disposición ó que lo mande leer á otra persona, con tal que, después de la lectura, le oigan el Escribano y siempre el competente número de testigos, que ese es su testamento.

Esta doctrina establece la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Febrero de 1879, y esa es la que da á entender la frase aneriormente subrayada, *se leerá*, que parece indicar es indiferente el que uno ú otros lean el testamento. Y la sentencia de 14 de Mayo de 1864 declara que, con arreglo á las leyes recopiladas, así en los testamentos nuncupativos ordenados ante Escribano público, como en cualquiera otro instrumento solemne, es indispensable para su validez que los testigos presentes á la otorgación se enteren del contenido, leyéndoseles íntegramente á presencia de los otorgantes y sin que pueda serles reservada parte alguna del mismo.

El requisito de la lectura es de los más esenciales en la forma de testar que examinamos, porque ya sabemos que substituye á la *nuncupatio*, primera modalidad del testamento nuncupativo. Cuando la postrera voluntad se ha expresado oralmente por el testador y reducido á escrito, la lectura es precisa á fin de comprobar si el redactor del último ha interpretado fielmente los términos de la primera; y si el testador presentó la minuta-proyecto de sus últimas disposiciones, la lectura servirá para enterarse él mismo y los testigos de si el Notario padeció algún error ó equivocación material al dar forma solemne al instrumento público testamentario, en vista de los datos suministrados para la redac-

ción definitiva de aquél. Algunos jurisconsultos, como Laurent, opinan que no debe ser nulo un testamento aunque se acreditase la omisión de la lectura de extremos del mismo que no afecten á su contexto ni á lo que verdaderamente dejó dispuesto el testador.

Vamos exponiendo cronológicamente los diversos momentos del testamento abierto; el cual, por tanto, acabado de redactar y de ser leído á los que en él intervienen, ha de ser por los mismos suscripto, como señal exterior y sensible de que prestan su aprobación á lo que aparece declarado en el instrumento público: Por esto dice nuestro art. 695 que si el testador estuviere conforme con lo escrito, teniéndolo por la verdadera manifestación de su voluntad, lo firmará en el acto y además los testigos que puedan hacerlo.

El testador firmará el testamento según sea su costumbre, haciendo aplicables á este propósito todas las consideraciones que expusimos al tratar de la firma en el testamento ológrafo. Lo mismo con respecto á éste que al abierto, aconsejaríamos, aunque no lo ordena el Código, que el testador, además del Notario, firmase, ó por lo menos pusiese su rúbrica, en cada una de las hojas del testamento, con excepción de la última, en la cual ya van las firmas completas de aquéllos y de los testigos.

La suscripción es, lo mismo que la lectura, requisito tan esencial, que faltando, no sólo la del testador, sino la de algún testigo, que del documento ó de otras pruebas apareciese saber firmar y no fuese substituído al efecto por otro, produciríase la nulidad del testamento; y hasta, como dice el art. 3.659 del Código de la República-Argentina, si el testador muriese antes de firmar el testamento, sería este de ningún valor, aunque lo hubiere principiado á firmar.

Mas como no es requisito de la testamentifacción activa el saber y poder firmar, es posible que dicho testador ignore la escritura ó se halle por razón de enfermedad ó de algún accidente pasajero imposibilitado para coger la pluma y trazar los rasgos que constituyan su firma. Este particular es preciso dejarlo bien aclarado y justificado en el cuerpo del escrito testamentario, porque de lo contrario sería fácil adulterar cualquier última voluntad y difícil el llegar á saber si el motivo de firmar otra persona por el testador obedece á la negativa de éste á suscribir lo escrito

ó á la verdadera imposibilidad de estampar su nombre y apellido en compañía del Notario y de los testigos.

Por esto, todos los Códigos extranjeros y el nuestro, con unanimidad perfecta, declaran que si el testador no sabe ó no puede firmar, se haga ante todo mención expresa y clara de este extremo en el instrumento y hasta del nombre del testigo instrumental que substituye en tal misión á dicho testador.

Como, según el art. 694, de los tres testigos que han de intervenir en el testamento abierto, uno por lo menos ha de saber y poder escribir, ése en todo caso firmará por sí y por el testador. Mas puede hacerlo cualquiera otra persona, aunque sea extraña á los que por la ley tienen su misión determinada en el testamento, porque el art. 695 no pone límite alguno respecto de quién sea esa persona; por lo tanto, hasta podrá firmar en tal sentido uno de los testigos de conocimiento, cuando por razón de las circunstancias deban intervenir.

La declaración relativa á la imposibilidad de firmar ha de hacerla el propio testador en el cuerpo del testamento, y no el Notario; así lo dice el art. 695; y es porque, como hace observar un afamado tratadista, la ley ha querido excluir de toda ingerencia al Notario para alejar el peligro de determinada presión por su parte, á fin de obligar al testador á expresarse en tal sentido; cualquier insistencia del primero, para averiguar la razón de ese dicho, podría influir sobre la espontaneidad de éste y hacer menos pleno el asentimiento que merezca el documento testamentario.

Podría ocurrir que el testador hiciese la declaracion de no saber ó de no poder firmar, y, sin embargo, acreditarse en lo futuro que al menos en el día y momento en que el testamento se otorgó dicha declaración era inexacta. Tratándose de otra clase de actos jurídicos, que no ostenten los caracteres *sui generis* del testamento, en que, como ya tenemos observado, todo es espontaneidad, liberalidad y munificencia, y en que el testador á nada se compromete ni con nadie se obliga (en la acepción verdaderamente técnica que tiene esta palabra) por las manifestaciones que hace para cuando acontezca su muerte, habría que resolver entonces las dudas y conflictos de interpretación, sin poder salirse de los límites y términos estrictos en que apareciere redactado el documento. Mas como en la institución testamentaria la intención

del que figura en ella como principal protagonista es el primordial punto de mira del que siempre ha de partirse, dicha inexacta declaración, en principios de realidad lógica, debe dar á entender que el testador se valió de esa estratagema por no denegar francamente la suscripción de la escritura ante los que él concurrieron. Es decir, el que expresa que no sabe ó no puede firmar, sabiendo y pudiendo, indica bien claramente que no quiere firmar, y en ese supuesto, el caso viene á ser equivalente al de un testamento que se encuentre sin firma del testador. Sin embargo, es posible acontezca lo que prevé un fallo del Tribunal de casación francés, de 5 de Mayo de 1831, el cual contiene la teoría de que, si bien es general que al declararse que no se sabe firmar cuando realmente se sabe, se afirma en otros términos que no se quiere, hay que reconocer también que con frecuencia un sencillo aldeano ó labrador que, no sabiendo leer ni escribir, ha puesto algunas veces su nombre suscribiendo ciertos actos escritos, puede considerar muy de buena fe el decir que no sabe firmar; en tal caso, el testamento ha sido siempre mantenido como obra de la voluntad del testador, libre y espontáneamente expresada.

Tratadistas hay que reconocen que si el testador, cuando hizo el testamento estaba imposibilitado para suscribirlo, ya por debilidad ó por parálisis de la mano, y que tal incapacidad había sido reconocida en el otorgamiento de actos auténticos parecidos anteriormente celebrados, según la mente del testador, debe tomarse la locución de *no saber* como equivalente á la otra de *no poder,* tanto más cuando consta que aquél trataba de hacer un testamento serio y válido y cuando tal declaración está dicha con buena fe y sin ánimo de proferir una mentira. He aquí cómo otros comentaristas confirman la observación que anteriormente hemos aducido, de que la intención del testador, preferente norma en la interpretación de las cláusulas testamentarias, es también la que ha de resolver las dificultades originadas por la carencia de firma del testador en el testamento público, siempre que no se halle suplida tal falta en debida forma.

Como el art. 694 dispone que de los tres testigos que deben intervenir en la otorgación del testamento abierto, basta que uno sólo sepa y le sea posible firmar, puede suceder que no haya en la escritura testamentaria más que dos solas firmas, la del Notario

y la del testigo que firme por sí, por los otros testigos que ignoren ó no puedan firmar y por el testador. Advirtamos, sin embargo, que lo dicho ha de entenderse en el sentido de que sólo dos nombres figuren firmando al final del testamento; porque en el supuesto establecido, el testigo que sepa y pueda firmar ha de hacerlo en nombre propio primeramente y después tantas veces como sean las personas á quienes sustituya en esa tarea, ó sean tres veces, cuidando de poner, para mayores garantías y solemnidad, la antefirma «*por el testador que no sabe ó no puede hacerlo*» y «*por el testigo que se encuentre en iguales casos*». Nuestro Código no exige, como hacen algunos extranjeros, que haya por lo menos dos testigos que sepan y puedan firmar cuando el testador está para ello imposibilitado.

El Notario pondrá su firma, el signo y rúbrica que se le haya dado al expedírsele el título de ejercicio, sin que pueda variar, á no ser con Real autorización, dicha rúbrica y signo; estándole prohibido además el signar y firmar con estampilla (artículos 19 de la ley y 61 del Reglamento del Notariado).

Firmen, pues, ó no todos los testigos, han de estampar sus nombres y apellidos, á continuación de la firma del testador y en presencia unos de otros, siendo posible. Rogron cita el caso de un fallo francés, de 15 de Abril de 1833, por el que se anuló un testamento en el que la firma del Notario fué puesta después de la muerte del testador, en atención á que, habiendo firmado los testigos y el Notario con bastante posterioridad á aquél, el testamento no resultaba más que un proyecto, porque la firma es la que le confiere su existencia y autenticidad; si el testador espirara antes que firmasen el Notario y los testigos, debe ser considerado como muerto *ab intestato,* y los legatarios no pueden prevalerse de la suscripción añadida al documento por el Notario después que ha dejado de existir la persona que testaba. Juzgamos esta doctrina perfectamente sostenible, fundada y aplicable al Derecho español.

El Notario debe hacer mención, no sólo clara y específicamente de que *oyó decir* á los testigos y al testador, en sus respectivos casos, que estaban imposibilitados para firmar, y de que la causa alegada por los mismos es cierta, á su juicio, sino también de todo lo ocurrido durante el otorgamiento de la última voluntad, puesto que á ese objeto responde su solemne intervención en

aquélla. Así se lo ordenan además la ley y Reglamento del Notariado. En efecto: ha de dar fe, según el art. 695, de que, á su juicio, se hallaba el testador, al disponer su última voluntad, con la capacidad legal necesaria para ello. Y según otros artículos, de haberse cumplido todas las formalidades exigidas para el testamento en un solo acto; de que conoce al testador ó á los testigos de conocimiento en su caso; de haber dado lectura de la disposición testamentaria á todos los que deben de suscribirla: y, en una palabra, de todo lo que las leyes demandan que sea garantido y asegurado además, bajo la palabra del funcionario público, cuya fe se invoca en ese y otros análogos actos de carácter público.

* * *

A pocas consideraciones se presta la inteligencia del art. 696, el cual representa más bien una modalidad en la forma de expresión del testamento abierto. Tiene su único precedente en el proyecto de 1882, y casi podría excusársele con sólo añadir una sola frase al comienzo del art. 695, diciendo: «*El testador expresará, ya de palabra ó ya en minuta por escrito, su última voluntad al Notario y á los testigos*»; porque en todo lo demás son aplicables al caso del 696, con algunas poco importantes modificaciones de detalle, las formalidades sancionadas por el 695. Así, con arreglo al artículo 696, ha de ser el Notario quien dé lectura de lo escrito ó redactado definitivamente en vista de la minuta presentada por el testador, y en el art. 695 se deja esta tarea á cualquiera de los que intervengan en el testamento. Se añade en el 696 que la lectura se hará en presencia de los testigos; pero esta aclaración lo mismo puede aplicarse á la forma de testar del art. 695; porque si los testigos no hubieran de asistir en ella al acto en que el Notario publica lo escrito para que el testador diga si está ó no de acuerdo con lo que él antes formulase de palabra, ¿cuál sería la misión del testigo, ni por qué había de exigirse forzosamente que interviniera en la mayor parte de las últimas voluntades?

Encontramos la redacción dada últimamente al art. 696 algún tanto significativa, y por lo mismo lo advertimos. En la edición primitiva del Código se decía: «Cuando el testador que se proponga hacer testamento presente ya redactada su disposición testamentaria, *el Notario la copiará.*» Hoy se le da á éste más im-

portancia que la que puede tener un simple amanuense; lo cual juzgamos más lógico y acertado, porque si á dicho funcionario ha de hacérsele responsable de las infracciones de ley sobre solemnidades testamentarias, contra toda razón resultaría el que violenta é injustificadamente se le obligase á atenerse de manera estricta á lo que el capricho del testador, contra lo ordenado terminantemente por el legislador, quisiese hacer constar en la minuta ó proyecto del testamento que presentara al Notario y testigos. Bueno es que se le respete, en toda la integridad de las libérrimas manifestaciones de su voluntad, en cuanto afectan al fondo y sustancia del documento testamentario; pero sería irracional, cuando no otra cosa más grave, compeler al funcionario notarial á que copiara literalmente un escrito que, para convertir en testamento abierto eficaz, le entregara un testador, y en cuyo escrito se hiciera constar, por ejemplo, que las disposiciones de aquél se expresasen ante dos testigos únicamente ó ante tres, ninguno de los cuales supiese ó pudiese escribir, ó infringiéndose abiertamente en cualquier otra forma prescripciones legales terminantes y relativas á solemnidades esenciales é imprescindibles de los testamentos. No: el Notario será siempre el director de funciones testamentarias é inspector obligado del cumplimiento de dichas solemnidades, como ya en otra parte hemos manifestado, no sólo porque en ese acto es el más adecuado representante del legislador en la aplicación acertada de la ley, sino porque hasta su propia conveniencia le exige alejar todo peligro de responsabilidad civil ó criminal con que le advierte el Código, si no logra que se observen todas las disposiciones del Derecho referentes al otorgamiento de un testamento. Y, por tanto, á quien se imponen tan apremiantes y estrictas obligaciones justo es asimismo que se le concedan las facultades y derechos respectivos, conducentes á la debida realización de los deberes anejos á su cargo.

La Instrucción de 9 de Noviembre de 1874, en sus artículos 1.° y 3.°, dispone, con referencia á nuestro objeto, que los Notarios redactarán con claridad y concisión las cláusulas de las escrituras en que se declaren los derechos y obligaciones de los otorgantes; y, *si bien procurarán atenerse literalmente á las minutas que éstos les entreguen*, de sus contratos, cuando así lo verifiquen, ó á las instrucciones verbales que les dieren, *siempre que notaren en ellas ambigüedad, confusión ó falta de claridad,* lo advertirán á

los interesados, proponiéndoles la redacción que, en su concepto, exprese mejor el sentido de lo que se hubiere estipulado, cuando dichos documentos ó minutas no contengan algunas de las circunstancias que debe contener la inscripción. Según lo dispuesto en la Ley hipotecaria y su Reglamento, el Notario procurará que los otorgantes declaren dichas circunstancias; y si no quisieren ó no pudieren hacerlo, salvará su responsabilidad manifestando en el instrumento que, advertidas las partes de la conveniencia de dicha declaración, dejaron sin embargo de hacerla. De todo lo cual deducimos, además de lo que ya hemos expresado, que el Notario puede hasta examinar aquellas cláusulas de la minuta testamentaria que no ofrezcan una inteligencia clara y lógica, y proponer que se sustituyan por las que parezcan más conformes con el sentido de la última voluntad del testador; y si las circunstancias necesarias para la validez del instrumento, conforme á las leyes aparecen omitidas en la minuta que presenta el testador el Notario puede, si no es atendido, negarse á redactar el testamento ó á autorizarlo, según estatuye el párrafo 2.° del citado artículo 3.° de la Instrucción; y, en el primer supuesto establecido, ya que aquélla no autoriza otra cosa, podrá, no siendo atendido por el testador, hacer constar en el testamento que se insertan las cláusulas ambiguas á pesar de haber hecho la oportuna advertencia. Media la particularidad de que, muerto el testador, y puesto en ejecución su testamento, las particiones que amistosamente pueden hacer entre sí los interesados, teniendo presente lo dispuesto por el difunto, habrán de autorizarse ante Notario, y entonces se detallarán con mayores precaución y escrupulosidad las reglas que exige la referida Instrucción, tratándose de documentos que hayan de ser inscritos en el Registro de la propiedad. Entonces también se otorgará la llamada escritura pública de partición hereditaria, de la cual se sacará para cada interesado ó partícipe de la herencia, su correspondiente hijuela, que el que quiera podrá hacer que sea registrada si desea que produzca efecto en perjuicio de tercero.

Por esto, aunque en la redacción del testamento convendrá tener presente, siendo posible, la Instrucción de 1874 al formular las declaraciones generales que sobre constitución de derechos, imposición de gravámenes ó creación de obligaciones, haga el testador, donde con mayores tranquilidad y cuidado puede ha-

cerse la perfecta descripción de las circunstancias que, así la Ley hipotecaria y su Reglamento, como la tantas veces citada Instrucción, exigen indispensablemente para la inscripción de los documentos á que se refieren, es al otorgar la escritura en que conste, no sólo el inventario exacto y avalúo de todo el haber hereditario, con la determinación detallada de su naturaleza y la descripción de sus límites, extensión y configuración, tratándose de bienes inmuebles, sino también las adjudicaciones á cada partícipe que, por lo menos en la cantidad, estén en consonancia con lo resuelto por el testador. Ya comprendemos en qué condiciones se suelen otorgar los testamentos, aun en circunstancias de relativa tranquilidad; lo más natural y corriente es que el testador en ellos aluda exclusivamente á sus bienes, derechos y acciones en general, sin determinarlos ni mucho menos concretar la naturaleza mueble ó inmueble de los mismos; y sería casi exigir un imposible el pedir que se otorgaran los testamentos, para los fines á que venimos aludiendo, con arreglo al mismo criterio y desenvolvimiento que se emplea en la escritura de constitución de hipoteca para la seguridad de un préstamo por ejemplo.

*
* *

Además de las referencias generales que tenemos ya dado sobre Derecho foral, al tratar de las distintas clases de testamentos establecidos por el Código, nos parece conveniente ampliar aquí las ideas que hacen relación á la materia propia del presente comentario.

En Aragón, según las fuentes legales que al efecto ligeramente extractamos, el testamento otorgado ante el Notario y dos testigos puede hacerse de viva voz ó presentando el testador su disposición por escrito, y lo mismo refiriéndose á una cédula que dejara en el lugar que menciona. El testamento permanece siempre siendo el mismo, é igualmente eficaz, aunque no haya podido extenderse en escritura pública, por haber fallecido entonces el testador. Éste y los testigos pueden estampar sus firmas en un tiempo distinto y posterior á aquel en que se redactó el testamento.

Los enfermos en el Hospital de Nuestra Señora de Gracia, de Zaragoza, podían hacer testamento abierto ante el párroco ó

cualquier capellán del Establecimiento; mas este privilegio fué derogado por la ley del Notariado, según lo da á entender la Real orden de 27 de Octubre de 1863. También existe el testamento otorgado en despoblado ante dos muchachos mayores de siete años, si no hubiere otros testigos, ó ante el capellán que lo recibiere y una mujer. El testamento otorgado ante párroco y testigos puede hacerse también *por interrogación*, esto es, por respuesta del testador á preguntas que se le hagan, habiendo de enterarse los testigos de su contenido, por lectura íntegra, sin que pueda reservárseles cláusula alguna, aunque ni ellos ni el testador necesitan suscribirlo.

El testamento nuncupativo exige en Cataluña que sea extendido en escritura pública, presenciando los dos testigos continuamente el acto hasta su terminación, siendo nulo aquél si no contiene institución de heredero, la preterición de un heredero forzoso ó la no aceptación del instituído, y siguiéndose en todas sus consecuencias el axioma del Derecho romano de que nadie puede morir parte testado y parte intestado. En el territorio particular de Barcelona, exclusivamente, han caído en desuso estos principios, sustituídos más bien por los propios de la legislación común. El testamento *sacramental* está hoy confirmado por sentencias recientes, como la de 9 de Enero de 1882; y reina hasta en la ciudad de Gerona, en cuya iglesia del Carmen y antes en la de Santa María Sacosta, juran los testigos. En las islas Baleares se aplica la legislación catalana con variaciones insignificantes.

En Navarra existen las tres formas de testamento nuncupativo de que ya hemos tratado, si bien la última, ó sea la otorgada en presencia de tres testigos idóneos, sin Notario ni párroco ó clérigo, es sólo supletoria de las otras dos. El testamento abierto en Vizcaya puede presentar una forma ordinaria y otra extraordinaria, según el testador se halle en país poblado ó en despoblado, sin que conozcamos solemnidad especial alguna que se separe de las que llevamos explicadas en este comentario.

ART. 697. El que fuere enteramente sordo deberá leer por sí mismo su testamento; y, si no sabe, ó no puede, designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del Notario.

Concordancias.—Análogo al art. 694 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. 1, ley 13.*—... Otrosi dezimos, que el que es mudo o sordo desde su nascencia non puede fazer testamento. Empero el que lo fuesse por alguna ocasion, assi como por enfermedad, o de otra manera, este atal si supiesse escreuir, puede fazer testamento, escreuiendolo por su mano misma. Mas si fuesse letrado, o no supiesse escreuir, non podria fazer su testamento. Fueras ende en vna manera, si le otorgasse el Rey, que le escriuiesse otro alguno en su lugar. En esta manera misma, podria fazer testamento el ome letrado que fuesse mudo de su nascencia, maguer non fuesse sordo; e esto acaesce pocas veces. Empero aquel que fuesse sordo desde su nascencia, o por alguna ocasion, si este atal pudiere fablar, bien puede fazer testamento.

COMENTARIO.—I. *Consideraciones de índole general.*—A pesar de la relativa sencillez que la lectura del artículo revela, acaso no se encuentre en todo el Código un precepto más necesitado de la interpretación discursiva y de los auxilios de la lógica jurídica.

En los Códigos de Portugal (art. 1.917) y de Méjico (3.772) aparece por vez primera esta potestad concedida á los enteramente sordos para otorgar sus testamentos, rompiendo así la antigua tradición legislativa que veía en los que llamaremos absolutamente sordos, personas incapaces de la testamentifacción activa.

Después de todo, este unánime proceder de las legislaciones antiguas halla su más plena justificación en la conformidad de las leyes con la realidad del estado natural y con el desconocimiento en dichas épocas de los sistemas educadores.

El *sordo de nascencia,* desde su venida al mundo, estaba en cierto modo incomunicado con el exterior, por la imperfección ó atrofia de los órganos perceptores del sonido. Dada esta deficiente condición, y por ende la imposibilidad de que el sordo de nacimiento llegara á percibir el lenguaje articulado y á comunicarse por dicho medio con sus semejantes, nada tiene de extraño que los legisladores que redactaron el Código de las Siete Partidas, viendo en el *sordo de nascencia* un incapacitado, y no imaginando

que estas imperfecciones y deslices de la sabia naturaleza pudiera remediarlas el ingenio y la paciencia humanos, decretaran de plano la incapacidad de dichos desgraciados para la testamentifacción activa.

El *sordo de nascencia,* si bien se mira, no es más que el sordomudo, y como el atraso de los tiempos no toleraba la educación en el grado suficiente para que aquél pudiera comunicarse por escrito, venía á resultar que el caso anormal en nuestros días de un sordo-mudo ineducado era el normal en aquellos brumosos tiempos medioevales, donde apenas fulguraban los destellos de las civilizaciones clásicas, y la humanidad, sumida en un quietismo estático, permanecía estacionaria y contemplativa, sin otros ideales que los de la vida ultra-terrena.

Fueron, pues, los legisladores de las Partidas soberanamente lógicos al negar á los *sordos du nascencia* la facultad de testar, como sería soberanamente ilógico el legislador moderno si otorgase á los sordo-mudos ineducados la testamentifacción activa. Tanto valdría esto como conceder á un papú ó á un kinbunda el derecho de testar.

Mas los autores de las Partidas previeron la hipótesis de que la sordera sobreviniese por accidente, recayendo en persona de ilustración, y para este caso dijeron: *Empero el que lo fuesse por alguna ocassion, assi como por enfermedad ó de otra manera, este atal si supiesse escreuir puede fazer testamento, escreuiendolo por su mano misma.*

II. *Indicaciones históricas.*—En el Derecho romano primitivo estaban incapacitados para testar los sordos, porque, como dice el jurisconsulto francés Accarias *(Precis du Droit Romain),* no oirían las palabras del *familiae emptor.* Sin embargo, al mismo tratadista le extraña esa regla, por su generalidad, recordando que al lado del testamento *per aes et libram,* existía el nuncupativo. Y, con efecto, si por la fuerza de las cosas esas dos formas son igualmente inaccesibles á los mudos, no se ve qué razón impediría al sordo hacer testamento nuncupativo. Sin duda éste no fué introducido más que en consideración al caso en que no pudiera testarse en la forma *per aes et libram,* por lo que tal particularidad no se tuvo en cuenta al determinar las condiciones de la testamentifacción activa. Sin embargo, Justiniano ya dice en el § *3.°*, *tít. XII, libro II de sus Instituciones,* que el sordo no

puede siempre hacer testamento, entendiendo por sordo el que no pueda absolutamente oir nada, no el que oye con dificultad; *pero suele suceder que algunos hombres, aun letrados y eruditos, pierden por diversos accidentes la facultad de hablar, por lo que «una de nuestras Constituciones ha subvenido á esta necesidad, á fin de que en ciertos casos y con ciertas formas, según las reglas en las mismas establecidas, pueda testar y ejecutar otros actos que les son permitidos.»* Esa *Constitución* á que alude Justiniano es la *10.ª, tít. XXII, libro VI del Código romano,* la cual concede la facultad de hacer testamento á todos los sordos y mudos que se encuentren en estado de manifestar su voluntad, ya porque sólo tengan uno ú otro de estos defectos, ya porque sólo accidentalmente se hallen en tal estado y sepan escribir, ya por cualquiera otra causa; limitándose, por tanto, la prohibición de hacer testamento á aquellos que realmente se encuentren en la imposibilidad física de hacerlo.

El Derecho de Partidas, al que ya nos hemos referido, copió virtualmente la legislación romana sobre el particular, permitiendo á los sordos testar, cuando no fueran de nacimiento, siempre que supieran escribir; los que supieran simplemente leer, necesitaban, para dicho fin, obtener permiso del Príncipe.

III. *Examen crítico del art. 697.*—En el proyecto de 1882 aparece por vez primera la permisión concedida á los enteramente sordos, tomada de los Códigos de Portugal y Méjico. Al promulgarse el Código que hoy rige, fué trasladado el precepto, apareciendo por vez primera en nuestro país con carácter y trascendencia positivos el artículo que comentamos.

Con su promulgación quedaron derrocadas las distinciones que sobre el particular regían, y permitido al sordo testar en todas las formas admitidas por el Código.

La sordera no será ya causa absoluta ni relativa que impida el ejercicio de la testamentifacción activa, y tan sólo por lo que respecta al testamento abierto se le impondrá una leve restricción, ó mejor dicho, una adecuada medida precautoria para evitar las asechanzas y peligros contra la autenticidad del documento testamentario.

Además, como es un requisito común á todos los testamentos abiertos el de la lectura, es llano que tratándose de un testador sordo no podría percibirla, por lo cual él mismo ha de enterarse

de la expresión instrumental de su postrera voluntad, leyendo por sí el testamento en presencia del Notario y testigos y manifestando á continuación, si así lo juzga exacto, que aquella es la expresión verdadera de su último deseo para después de la muerte.

En todo lo demás regirán las reglas generales que comprenden los artículos 694 al 696, puesto que el artículo que comentamos se ciñe exclusivamente, como ya hemos expuesto, á prescribir una solemnidad, una medida de precaución para un caso dado, sin perjuicio de que las demás tengan que cumplirse en la forma ordinaria.

Y al llegar á estas alturas seguramente se preguntará el lector: ¿Dónde están esas asperezas interpretativas que movieron al comentarista á decir que quizá en todo el Código no se encontrase un precepto más necesitado de los auxilios de la lógica jurídica? Respondemos: En la segunda mitad del artículo.

Ninguna dificultad ofrece la parte primera, fuera de la novedad introducida al conceder la testamentifacción activa á los enteramente sordos.

El sordo que sabe leer, aunque su sordera sea absoluta, no tiene impedimento natural ninguno para testar. Puede hablar y consiguientemente expresar oralmente su voluntad ante el Notario y los testigos. Y sabiendo leer, es llano que también le es posible cotejar su último deseo con la versión instrumental dada por el Notario. La intervención del testador en esos dos momentos substanciales que constituyen el testamento, la expresión de la voluntad y su ratificación ó comprobación, no puede ser más personal y directa. Nada, por tanto, tan racional y jurídico como la concesión de la testamentifacción activa á los privados del sentido del oído, con tanto mayor motivo cuanto que esos *enteramente sordos* á que alude el artículo no son ni pueden ser los *sordos de nascencia*, según el tecnicismo de la ley de Partidas, sino los que han contraído la sordera por enfermedad sobrevenida eventualmente, v. gr., *catarro crónico de la caja*, que es de todas las otopatías, en sentir del sabio médico español Ariza, la que hace el mayor número de sordos, la que produce la sordera que podemos llamar clásica, esa sordera que aparece insidiosa y lenta, pero que marcha en progresión ascendente, de la que, como sigue diciendo dicho autor en sus *Estudios Médicos*, el indi-

viduo que llega á padecerla no se da cuenta en un principio, pues cuando la nota, está ya muy adelantada; sordera, en fin, que se establece sin sufrimientos, sin dolores, sin supuraciones, sin ningún síntoma capaz de despertar la atención del enfermo. Catarro este de la caja que, en su *forma excleromatosa,* la invasión osificante no se limita á la cavidad timpánica, sino que pasa á las células mastoídeas, las cuales van disminuyendo poco á poco en tamaño y número á consecuencia de la hiperplasia de sus paredes, que concluye por rellenarlas y borrarlas del todo. La mastoides se transforma en un *bloc* de tejido compacto, ebúrneo, sin espacios, sin celdillas revestidas de mucosa y llenas de aire como es necesario se conserven para poder desempeñar sus funciones de resonador de las vibraciones acústicas.»

No puede caber duda de que á estas sorderas absolutas, sobrevenidas por accidente, es á las que se refiere el art. 697 al hablar de los *enteramente sordos*. Los enteramente sordos de nacimiento son los sordomudos, y como quiera que éstos no gozan del uso de la palabra, aunque por la educación lleguen á articular frases sueltas, y el precepto que comentamos parte del supuesto de que el sordo exprese oralmente su última voluntad, es evidente que distingue y separa los *sordomudos propiamente dichos* de los *enteramente sordos,* que, en buenas reglas de hermenéutica y según los principios de la ciencia médica, no pueden ser otros que los privados del sentido del oído por enfermedad contraída, mas no por vicio ó defecto congénito.

Esta interpretación es la única racional, y según ella, por enteramente sordo debe sobreentenderse el que nada absolutamente oye, el que no percibe los sonidos articulados que constituyen el lenguaje humano, y por tanto, no puede enterarse ni de la conversación ni de la lectura, aunque los que conversen ó lean esfuercen la voz y aun hablen aproximándose al oído del sordo.

Esto sentado, estudiemos la segunda mitad del art 697.

«El que fuere enteramente sordo y no supiere ó no pudiere leer, designará dos personas que lean el testamento en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del Notario.»

Dos casos comprende la regla anterior. El del enteramente sordo que no pudiere leer y el del que no supiere.

Cuando se trate del que por accidente se halle imposibilitado de leer en voz alta su testamento—que indudablemente á esta

imposibilidad eventual es á la que alude el artículo que comentamos—no puede haber reparo, porque si la afonía, la debilidad de la cabeza, la hinchazón de la garganta, una enfermedad en la lengua ó en los labios dificulta ó impide la lectura en alta voz, esto no obsta para que el testador que sepa leer se entere por sí mismo, y á indicaciones del Notario, del brevísimo art. 697, y proceda en consonancia designando las dos personas que en su nombre lean el testamento en presencia del Notario y de los testigos.

Mas el caso del enteramente sordo que no sepa leer, es diametralmente opuesto, y no puede ni ajustarse al mismo marco ni regirse por las mismas reglas.

Precisamente el grave error cometido por los legisladores patrios estriba en la adaptación á un mismo tipo de dos especies jurídicas, diferentes en absoluto. El enteramente sordo que conoce la lectura admite, por este arte educativo, la comunicación recíproca, sin necesidad de acudir al medio supletorio de las señas, más universal si se quiere, pero infinitamente más inseguro, dificultoso y propenso al error.

El sordo integral, que además de la completa falta de la audición, carece de la cultura más rudimentaria y no sabe leer, se encuentra, por lo que respecta á la posibilidad de testar con garantías de acierto y autenticidad, en una situación muy semejante á la del sordomudo que no sabe escribir.

Es verdad—decíamos en el proemio del libro tercero de los *Comentarios,* tomo XI—es verdad que el sordomudo ineducado carece de toda comunicación mental, salvo, claro está, el lenguaje de las señas; y al enteramente sordo, pero no mudo, quédale expedita la facultad de la palabra para expresar su voluntad; pero hay que tener muy en cuenta que el testamento abierto ó público no se cifra únicamente en la expresión oral por el testador de aquel su último deseo para después de la muerte, sino en la consignación fidelísima de ese deseo en el instrumento público y en la confrontación mental por el testador de la voluntad que expuso con la versión notarial. Es decir, que en el testamento nuncupativo requiérese, no sólo que el testador comunique con el Notario, sino que el Notario pueda comunicar con el testador. Y precisamente en la imposibilidad de esta última comunicación es donde reside la semejanza íntima que media entre la incapacidad

para testar del sordomudo que no sabe escribir y la situación, en punto á incapacidad natural, y por ende jurídica, del enteramente sordo que no sabe leer.

¿Cómo es posible comunicar con una persona enteramente sorda, y que, á mayor abundamiento, no sabe leer? Porque su inopia intelectual, el desconocimiento de la lectura, equivale para estos efectos á la ceguera, y la imposibilidad de oir le aparta de todo contacto con el mundo exterior, recluyéndole en la intimidad y clausura de su propio pensamiento. Se argüirá que para obviar estas dificultades, el art. 697 dispone que cuando el enteramente sordo no sepa leer, designará dos personas que lean el testamento en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del Notario; pero á esto cabe replicar que *incontinenti* resurge el problema con los mismos caracteres de dificultad. Porque si al testador *enteramente sordo*, y por añadidura ignorante hasta el extremo de no saber leer, no le suponemos dotado de virtud adivinativa, habrá que hacerle comprender de alguna manera que cumpla la solemnidad requerida por el expresado art. 697, es á saber: que designe los dos testigos que en su nombre lean el testamento. Si es enteramente sordo, aunque se le hable con bocina no llegará á enterarse; y si no saber leer, el hecho de ponerle el Código delante, abierto por el art. 697, tampoco surtirá el menor efecto, porque á tanto equivaldría presentarle un códice chino, un papiro egipcio ó un rulo asirio. Únicamente por medio de señas le será dable al Notario comunicar con el testador. Pero, ¿acaso este lenguaje inarticulado, mudo, desconocido para la mayoría, puramente convencional en la casi totalidad de las ocasiones, propenso, por ende, al error y á la confusión, puede, no decimos consentirse, pero ni aun siquiera tolerarse en un acto tan solemne y transcendental como la otorgación de un testamento? Por esto hemos dicho antes que el absolutamente sordo que no sepa leer, como quiera que no se puede comunicar con él ni de palabra ni por escrito, debería estar incapacitado para testar. Y por esto también reputamos, no como adelanto, sino como un lamentable error, el art. 697 en su segunda hipótesis.

Por algunos *laudatores* del Código se ha dicho que el supuesto del artículo comentado no es de tan imposible realización como se cree, porque muy bien puede ocurrir el caso de una persona sorda enteramente, que no sepa leer, pero que antes de padecer

la sordera hubiese llegado á conocer, por vía de referencia, el precepto del art. 697.

Ciertamente imposibilidad metafísica no existe; pero enfrente de este supuesto extravagante, que lleva en sí la más paladina condenación del texto que analizamos, sólo cabe oponer aquella sabia máxima recogida por el Rey Sabio, en su *Séptima Partida:* «*Aun dixeron que non se deuen fazer las leyes si non sobre las cosas que suelen acaescer a menudo.*»

Más lógica y más jurídica es la solución propuesta por algunos espíritus conciliadores, para atenuar la imposibilidad jurídica y natural que existe entre el fin que el artículo se propone y los medios que indica.

Dichos intérpretes proponen que por *enteramente sordo* no se entienda lo que el adverbio modal, que califica el concepto de sordo deja entrever, sino sordo que oye con alguna dificultad. Y para ello se fundan en que la lectura de corrido de un documento, aunque se verifique en alta voz, no produce en el oído del sordo sino un murmullo vago, un ruído en que los ecos y resonancias de la pronunciación del lector impiden la percepción clara de todas las palabras que forman el contenido del testamento.

La observación es cierta. Basta que la sordera sea un tanto graduada para que se produzca el efecto previsto. El sordo, aun cuando oiga la lectura, no la percibirá íntegra; en muchos momentos sólo escuchará modulaciones monosilábicas, cuando no únicamente la cadencia final de las voces; y si entonces, amargado su ánimo por la duda, pretende confrontar personalmente su testamento, le saldrá al paso su propia ignorancia, que le impedirá poder leer por sí la expresión instrumental de su postrimer deseo.

Estas interpretaciones acomodaticias, aunque inspiradas por una tendencia eminentemente jurídica, tienen el inconveniente de los términos armónicos, ó mejor dicho, eclécticos.

Hay que reformar radicalmente el art. 697; no desterrando el adverbio de modo *enteramente* porque existen sorderas absolutas padecidas por personas que saben leer, y á las cuales no debe negárseles la testamentifacción activa. La reforma que pide á gritos el sentido jurídico consiste en negar á los enteramente sordos que no sepan leer la facultad de testar.

***

Cuestión tan interesante ya ha llegado hasta el Supremo, pero desgraciadamente el distinguido Tribunal no ha dado la clave para descifrar el enigma.

Procediendo con un criterio excluyente del nudó del problema, se ha detenido ante el valladar de una apreciación de prueba no impugnada en forma, y á virtud de esta contingencia, el tema continúa ensombrecido y en pie el enigma de «cómo un enteramente sordo que no sabe leer puede hacer la designación de dos testigos que en su nombre lean el testamento».

El hecho es extremadamente curioso y conviene darle publicidad, porque estos *casos* patológicos de la vida jurídica deben constituir la clínica del comentarista.

En la ciudad de Toledo vivía una señora anciana, achacosa, desprovista de toda cultura, hasta el extremo de no saber leer, apesadumbrada por desgracias de familia y padecida por una sordera intermitente y bastante graduada que, según rumor público, le impedía toda comunicación, como no fuese hablando á gritos sobre el oído, y según dictamen de facultativos, bastaba pronunciar en tono un poco más elevado del ordinario.

Esta anciana, impedida, tenía cuatro hermanos en posición económica desgraciadísima: uno de ellos mendigaba de puerta en puerta; el otro apenas sacaba con su trabajo manual lo indispensable para la sustentación, y las dos restantes, á pesar de su avanzada edad, asistían á domicilio en calidad de interinas y en ocasiones se acogían á la caridad pública.

Frecuentaba la casa de la señora un Procurador de la antigua ciudad de los Concilios, quien atendía con sus consejos á la anciana, la representaba en sus asuntos, era, en una palabra, como la espina dorsal de la administración de los bienes de la testadora.

En estas circunstancias, otorgó testamento abierto la anciana achacosa vecina de Toledo, y después de varias mandas insignificantes, alguna en obsequio de sus hermanas, instituyó universales herederos al susodicho Procurador y á un sobrino lejano, dejando en el desamparo más completo á los dos hermanos, los cuales prosiguieron el uno mendigando y el otro desgastando sus decaídas fuerzas en la ruda faena á que se dedicaba.

En la escritura testamentaria no se hizo constar que la señora fuese sorda ni se consideró preciso cumplir con la solemnidad

estatuída por el art. 697, de la doble lectura del testamento por dos personas elegidas por la testadora.

La otorgación se hizo en la forma ordinariamente acostumbrada, es á saber: cuando los testigos instrumentales fueron rogados y acudieron, el testamento había sido ya redactado, dándose á la llegada de aquéllos lectura del mismo y procediéndose á su firma y rúbrica.

Rumores que á poco se esparcieron por la Imperial ciudad hicieron sospechar que en la otorgación del testamento se había procedido acaso con manifiesta oficiosidad y exceso de celo por los instituídos universales herederos, presentes ante la testadora en el acto del otorgamiento, y tomando vuelo estos rumores, llegaron á conocimiento de los hermanos injustamente preteridos, los cuales acordaron solicitar la nulidad del testamento, fundándose para ello:

Primero. En que la escritura testamentaria no se otorgó de conformidad con el texto literal del art. 695 de la primera edición del Código civil, por la que hubo de regirse el caso que estamos reseñando, toda vez que la testadora no expresó su voluntad delante de los testigos instrumentales, sino que cuando éstos fueron rogados y llegaron al domicilio de la paciente, el testamento ya estaba completamente redactado y puesto en limpio, procediéndose *incontinenti* á su lectura por el Notario, sin que la testadora pronunciase una sola palabra ni hiciese señal ostensible alguna de asentimiento ó disconformidad, antes bien, permaneció muda é impasible como una esfinge.

Segundo. En que siendo evidente que la testadora padecía una sordera bastante graduada que, unida á su avanzada edad, achaques é incultura, la hacían punto menos que incapaz, no se había cumplido con las solemnidades prescritas por el art. 697 para los *enteramente* sordos, en cuya categoría debía ser comprendida la paciente, ya que el dicho adverbio no se podía interpretar literalmente con respecto á los absolutamente sordos que no supieran leer, por resultar entonces imposibilidad natural y legal entre el fin que el artículo se proponía y los medios que otorgaba para ello.

Así planteada la demanda de nulidad, y después de practicada prueba, en la cual los tres testigos instrumentales que concurrieron á la otorgación del testamento declararon unánimes y

contestes que cuando ellos llegaron á casa de la testadora, el testamento estaba redactado por entero y que tan sólo escucharon su lectura, sin que la paciente pronunciara una sola palabra de conformidad ni hiciese seña alguna en tal sentido, el Juzgado de Toledo pronunció sentencia definitiva declarando la nulidad del testamento por considerar infringido el art. 695 de la primera edición del Código civil, mas sin decidir ni declarar nada respecto del segundo tema de nulidad, ó sea el incumplimiento de las solemnidades prescritas por el art. 697.

Apelada la sentencia por los instituídos herederos, la Audiencia de Madrid falló revocando la del Juzgado y declarando válido y eficaz en derecho el testamento de que nos venimos ocupando.

No son unos comentarios lugar adecuado para ejercitar la crítica de sentencias que no forman jurisprudencia. Además, como sólo tratamos del art. 697, reduciremos nuestro relato á lo que con dicho artículo mantenga relación.

La Audiencia de Madrid declaró que «Para que pueda tener aplicación el precepto del art. 697 del Código, es requisito esencial que el testador sea *enteramente sordo,* circunstancia que no concurría en la testadora, que no era sorda *enteramente,* cuyo adverbio de modo define la Academia de la Lengua diciendo que es tanto como cabal, plenamente, del todo; y el Tribunal Supremo ha dicho en su sentencia de 11 de Junio de 1864 que no se entiende por sordo el que oye, por más que sea necesario hablarle en tono más alto que lo ordinario, sino el que carece de la facultad de oir, por todo lo cual el Notario no tuvo obligación de hacer que la testadora leyera por sí el testamento ó que designare dos personas que lo leyeren en su nombre.»

La lectura del *Considerando* precedente demuestra que el problema salió de manos de la Audiencia tan intacto y obscuro como entró. La Sala, por escrúpulo ó por temor, respetó la virginidad del art. 697: Porque no se trataba de acudir al Diccionario de la Academia Española para encontrar la significación gramatical del adverbio de modo *enteramente,* ni de peregrinar en busca de una sentencia que, cual la del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1864, es impertinente al caso por referirse á los testigos instrumentales, sino de poner en claro si la sordera bastante graduada, juntamente con el desconocimiento de la lectura por parte de un testador, son causas bastantes para que en el otorga-

miento de la escritura testamentaria deban concurrir las solemnidades á que se contrae el repetido art. 697. Lo que se pretendía, en una palabra, era que la Sala despejase la incógnita, resolviendo si, dada la imposibilidad natural y legal de que un absolutamente sordo que no sepa leer, se percate de lo que el art. 697 ordena respecto á la designación de dos personas que lean el testamento en su nombre, debiera traducirse esa imposibilidad por la aplicación posible, racional y jurídica del artículo que comentamos, al caso de un testador que padeciere de sordera y que además fuese ignorante hasta el punto de no saber leer.

Pero ya hemos dicho que la virginidad del art. 697, y por ende del caso planteado, no sufrió detrimento en la sentencia de segunda instancia, y así llegó el problema á las cimas donde se define y publica *ex-cátedra* la jurisprudencia con los nimbos luminosos de la santidad de lo juzgado.

La cuestión fué planteada, sobre poco más ó menos, en estos términos:

Aceptando la apreciación de prueba hecha por la Sala sentenciadora, y, por tanto, que se trata del caso de una señora sorda, pero no *enteramente* sorda en el significado genuíno de dicho adverbio modal, y siendo asimismo un hecho reconocido y probado por la misma escritura testamentaria el de que la testadora no sabía leer, ¿debieron haberse cumplido en este caso las solemnidades prescritas por el art. 697, ya que el supuesto á que se refiere la segunda mitad del aludido precepto es por completo irrealizable, de no conceder validez legal al lenguaje mudo de las señas, y es, por el contrario, racional y jurídico que se procure la mayor suma de garantías cuando la testadora, además de no oir con facilidad, ignora la lectura y no puede hacer por sí misma la comprobación de su testamento? ¿Qué debe entenderse por *enteramente sordo* cuando el testador no sepa leer, ya que la interpretación literal del adverbio subrayado arguye en estos casos imposibilidad de medio á fin?

Vean ahora nuestros lectores el *Considerando* que el más alto Tribunal de España consagró á tan interesante cuestión en su sentencia de 18 de Junio de 1896:

«Considerando que la segunda cuestión sostenida en el recurso en su cuarto motivo se refiere á un hecho apreciado por la Sala sentenciadora, que declara no se encuentra la testadora en

el estado de sordera que exige la aplicación del art. 697 del Código, *dese en este caso el significado que se quiera al adverbio enteramente*, puesto que oía hablándole ó leyéndole en voz alta, cual lo hizo el Notario en el acto del otorgamiento del testamento; y que no impugnada en forma esta apreciación de prueba, ha de estarse á ella, sin que útilmente pueda alegarse que se ha infringido el artículo 697.»

Esta declaración localizada al caso del pleito deja *in tenebris* el art. 697. Y la culpa no es tanto del Tribunal Supremo como de los legisladores, que al cabo, dicho Tribunal, prototipo de la prudencia en el juzgar, tenía que mirarse mucho antes de adoptar una interpretación que, aun siendo todo lo racional y jurídica que con efecto es, conduce fatalmente á la consecuencia de que los enteramente sordos que no saben leer son incapaces de testamentifacción activa.

Aparte de que el recurrente no combatió la apreciación de prueba, antes bien, la admitió en su integridad, siendo en su consecuencia incongruente la especie de que no fué impugnada en forma dicha apreciación, ¿qué impedimento podía haber en el hecho de que la Audiencia afirmase que la testadora no era *enteramente sorda*, para no penetrar en el fondo de la cuestión, cuando precisamente todo el problema se cifraba en esa misma circunstancia, es decir, en no ser la otorgante sorda en absoluto? Si de lo que se trataba era de hacer posible mediante la *interpretatio* la aplicación del art. 697 en su segundo supuesto, ¿por qué se califica de apreciación de prueba lo que no es sino un problema difícil y arriesgado de interpretación discursiva, en el cual la voluntad, dirigiendo á la inteligencia, estaba llamada á superar y destruir los escollos creados por la falta de sindéresis del legislador? ¿Por qué desviar la cuestión de su verdadero centro á virtud de una equivocada inteligencia del recurso interpuesto, afirmando que fuese cualquiera la interpretación que se diese al adverbio *enteramente*, no caía dentro de la prescripción del artículo 697, porque la testadora oía hablándola ó leyéndola en voz alta? ¿Es esto resolver el problema ó es dejarlo, si cabe, más entenebrecido que antes?

Santa es la cosa juzgada, pero es libre la crítica de la jurisprudencia, y así como alabamos sin tasa las sentencias que encierran una declaración razonable y jurídica, nos dolemos amar-

guísimamente de aquellas otras que, ó por errores en la inteligencia del recurso, por defectos en su planteamiento ó por otra causa cualquiera dejan, en la oscuridad y laberinto de la interpretación, más ó menos doctrinal, temas jurídicos que, después de llegar trabajosamente á la cumbre, señalando su paso en muchas ocasiones un rastro de sufrimientos, se despeñan por exigencias de la forma, excluyente casi siempre de los temas de fondo, en el barranco del más inflexible rigorismo formalista.

***

III. *Observaciones.*—Desenvuelto ya el art. 697 en sus fases histórica, positiva y crítica, complementemos su estudio con algunas observaciones prácticas, las cuales podrán ser tenidas en cuenta algún día si la Comisión de Códigos se digna posar una mirada de misericordia sobre estas páginas.

1.ª *Observación.—Caso de sordera intermitente.*

Carácter común de muchas otopatías es el de la intermitencia. Suele el enfermo padecer alternativas muy sensibles, y merced á determinadas influencias locales, oir durante algunos períodos con bastante facilidad, y entorpecerse en otros la audición hasta el punto de presentar los caracteres de una sordera semi-absoluta.

El otólogo, el especialista, es el llamado en casos semejantes á dictaminar acerca de la capacidad sensasorial ó auditiva, llamémosla así, del paciente.

¿Debiera haber sido prevista esta contingencia en el Código? Indiscutiblemente, y cuando el Notario se encontrase con un caso como el imaginado y dudara de si entre él (Notario autorizante) y el testador podía establecerse una comunicación verbal recíproca, sin sospecha de error ó mala inteligencia, cabría acudir á un arbitrio semejante al previsto en el art. 665. Los facultativos reconocerían al testador, y siempre que su opinión fuera favorable, el sordo que no supiese leer podría otorgar testamento, amparada y garantida su testamentifacción con el empleo de las solemnidades prescritas en el art. 697. Mas esto requiere previamente, como al buen criterio de nuestros lectores no se le habrá escapado, la declaración legal de que el *enteramente sordo que no sabe leer es incapaz de testar.*

2.ª *Observación.*—Las dos personas á que se refiere el artículo que comentamos, llamadas á leer el testamento en nombre del testador cuando éste no sepa ó no pueda, ¿deberán estar presentes en el momento en que el que testa manifieste al Notario su última voluntad? El artículo no disipa esta duda; pero su resolución afirmativa entra en la categoría de los predicados axiomáticos.

¿Qué garantía prestaría al testamento el requisito de la doble lectura sucesiva por dos personas designadas por el testador, si hasta aquel momento ignorasen la disposición testamentaria de este último? Si el legislador exige esa solemnidad de la doble lectura es porque la confrontación del testamento no puede verificarla el testador, y, en su lugar, la realizan personas que hay que suponer de la confianza del que testa, por cuanto él las designa. Y si la comparación de la versión instrumental con el último deseo solemnemente expresado acusa la producción de un juicio afirmativo ó negativo mediante el cotejo mental de los términos comparados, ¿cuáles pueden ser estos términos sino esos dos elementos substanciales de toda disposición testamentaria, nuncupativa, es á saber, la versión oral del testador y la versión instrumental del Notario?

*
* *

Teniendo en cuenta las notas críticas apuntadas y las *observaciones* que preceden, nosotros redactaríamos el art. 697 del Código del siguiente modo, que refleja nuestro pensamiento:

* Los enteramente sordos que sepan leer podrán otorgar testamento, leyendo por sí mismos la escritura testamentaria.

* Los que padezcan de sordera, pero oigan hablándoles en alta voz, podrán testar nuncupativamente aunque no sepan leer, designando dos personas que asistirán á la otorgación del testamento, y lo leerán luego consecutivamente en nombre del testador y en presencia del Notario y los testigos.

* Si el enteramente sordo supiere leer, pero por cualquier accidente no pudiere, designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del Notario.

* Si el testador no supiere leer, padeciere de sordera intermitente y el Notario tuviese dudas de si en el momento de la otor-

gación la sordera era tan graduada ó intensa que no permitiese la comunicación recíproca por medio de la palabra, sin temor á error ó mala inteligencia, designará dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad auditiva, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos.

***

De la testamentifacción de los sordomudos.—Debemos proceder por distinción.

Si el sordomudo sabe escribir, el art. 709 le concede la facultad de otorgar testamento cerrado, observándose ciertas solemnidades que allí se prescriben para garantizar la completa autenticidad de la disposición testamentaria.

Mas si el sordomudo desconoce por completo la escritura, creemos que no puede testar en ninguna forma. Tratándose del testamento abierto, como no le es posible manifestar oralmente ni por medio de los signos ortográficos su última voluntad, no puede acogerse á los beneficios de los artículos 695 y 696. Por esto dicha incapacidad constituye, en nuestro concepto, una causa física, irremediable y absoluta que imposibilita el ejercicio de la testamentifacción activa, y en ese sentido añadiríamos un tercer inciso al art. 663, considerando igualmente incapaces de testar á los sordomudos que no sepan escribir, como hace para todos los casos el art. 3.617 del Código de la República Argentina.

Tratándose del mudo que llegue á hablar por virtud de métodos ó invenciones, cuya *plena eficacia práctica* nosotros, hasta el día, desconocemos, los autores extranjeros se hallan en disconformidad. Los jurisconsultos italianos Mazzoni, en su obra *De Successione,* y Vittore Vitali, *Del testamento público*, opinan que si, merced al método del abate Tarra ó de otro, el uso de la lengua articulada resulta tan perfecto que el mudo puede expresarse lo mismo que cualquiera otro hombre, debe ser capacitado para testar. El tratadista Erio Sala opta por la negativa, y otros, como Polacco, distinguen el caso en que la adquisición del lenguaje articulado por el sordomudo sea producto de un artificio puramente mecánico y aquel en que haya habido una modificación del vicio orgánico; en el primer caso, dice que debe subsistir la inca-

pacidad, porque también subsiste el sordomutismo; en el segundo, desapareciendo el vicio, se desvanecerá asimismo la incapacidad, que le es inherente. Nosotros creemos que sólo procederá desvirtuar aquélla cuando los inventos ó métodos que se conozcan ó descubran para la mejor educación del sordomudo hagan posible la manifestación de sus pensamientos é ideas de manera tan indudable que puedan ostentar el sello de autenticidad propio de toda resolución humana espontánea y meditada á la par. La jurisprudencia se encargará, no obstante, en el primer caso litigioso que al Tribunal Supremo de Justicia sobre el particular se le presente, de establecer su opinión autorizada y obligatoria, resolviendo las dudas que del silencio del Código en esta parte se desprenden.

Art. 698. Cuando sea ciego el testador se dará lectura del testamento dos veces: una por el Notario, conforme á lo prevenido en el art. 695, y otra, en igual forma, por uno de los testigos ú otra persona que el testador designe.

Concordancias.—Análogo al art. 695 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. I, ley 14.*—El ciego non puede fazer testamento, fueras ende desta manera: deue llamar siete testigos, e un Escriuano publico, e delante dellos deue dezir como quiere fazer su testamento. Otrosi deue nombrar, cuales son aquellos que establesce por sus herederos, e que es lo que manda; e el Escriuano deue escreuir todas estas cosas delante los testigos, o si eran ante escritas, deuen ser leydas delante dellos; e despues que fueren escritas e leydas, deue dezir el ciego manifiestamente, como aquel es su testamento. E de si, cada vno de los testigos deue escriuir su nome en aquella carta, si supiere escriuir; e si non, deuelo fazer escriuir a otro. E tambien el Escriuano publico que escriuiere la carta, como los testigos, deuen sellar la carta con sus sellos; e si el Escriuano publi-

co non se pudiere auer, deuen auer otro que lo escriua, e que sean con el ocho testigos en lugar del Escriuano. E esta guarda deue ser fecha en el testamento del ciego por que non pueda ser fecho ningun engaño.

Novísima Recopilación, lib. X, tít. XVIII, ley 2.ª—... Y mandamos que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo menos; y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo ó abierto, conforme á la dicha ley del Ordenamiento, los quales dichos testamentos y codicilos, si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no fagan fe ni prueba en juicio ni fuera de él.

COMENTARIO.—I. *Del testamento del ciego.—a) Consideraciones histórico-legales.—b) Códigos extranjeros.*—Al ciego, sólo por tal circunstancia, no se le ha negado la testamentifacción activa ni aun en el antiguo Derecho, pues, como dice el jurisconsulto romano Paulo en el *libro III de sus Sentencias «Cœcus testamentum potest facere quia scire potest adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibentes»;* el ciego puede hacer testamento, porque puede requerir la cooperación de los testigos y oir sus testimonios.

Lo que tal desgracia ha exigido siempre son determinadas precauciones que pusieran al falto de la vista á cubierto de cualquiera maquinación contra la autenticidad de su última voluntad: Por esto el Emperador Justiniano ordenaba en el § 4.º, *tít. XII (Quibus non est permissum facere testamentum), lib. II de sus Instituciones,* que «el ciego no puede hacer testamento sino observando las formas introducidas por la ley del Emperador Justino, nuestro divino padre». Estas reglas estaban contenidas en *la Constitución 8.ª, lib. VI, tít. XXII del Código romano;* en la cual se exigía, además de los siete testigos del testamento nuncupativo, la asistencia de un *tabulario* ó Escribano, y á falta de éste, la de un octavo testigo, el cual había de escribir el testamento hablado, dictándoselo el ciego; y cuando se tratara de un testamento escrito, dicho octavo testigo habría de leerlo al testador en presencia de los demás, para que pudiera debidamente darse lugar á la declaración y al reconocimiento de la voluntad última del ciego.

La legislación de Partidas, según puede verse en los *Precedentes legales,* adoptó el propio sistema del Derecho romano, y ese

rigió, hasta que la *ley 3.ª de Toro,* que es la misma de la *Novísima Recopilación* que también anotamos, fijó la concurrencia de cinco testigos en el testamento excepcional del ciego; siendo ésta la norma legal vigente hasta la publicación del Código civil.

Por cierto que entre los tratadistas se agitaba la discusión, entonces procedente, de si era precisa la asistencia de Escribano para dicho testamento, discusión á que puso término la importante sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Junio de 1877, cuyos fundamentos creemos deber consignar hasta por el interés y aplicación práctica que puedan tener para testamentos otorgados antes de la aparición del expresado Código. Hélos aquí:

* Discutiéndose en un pleito sobre la nulidad del testamento de un ciego, por no haber intervenido Escribano público con los cinco testigos que asistieron á su otorgamiento, no es aplicable la *ley 1.ª, tít. 18, libro X de la Novísima Recopilación,* porque esta ley no dispone que en el caso de no concurrir el Escribano lo haga por éste un número adecuado de testigos, si resulta de autos que el testamento otorgado por un ciego consta en cédula que aparece hecha ante siete testigos, de los cuales, los más, no fueron presenciales, porque no vieron al testador, sino que oyeron al sacerdote leer la última voluntad, que invertía la mayor parte en misas y para las animas, y corroborado el dicho testamento, se advirtió que no compareció á declarar uno de los testigos, presentándose en su lugar otro que no se nombraba en la cédula como tal.

* La sentencia que declara nulo ese testamento no infringe las *leyes 2.ª, tít. XVIII, libro X de la Novísima Recopilación, y 14, título I, Part. 6.ª*, porque ésta no es aplicable al caso discutido en el punto ó particular que se dice infringido, pues, aun cuando se dispone por la citada ley que «*el ciego para facer testamento debe llamar siete testigos en lugar del Escribano público, e si el Escribano non se pudiera haber, deben haber otro que le escriba e que sea con él ocho testigos en el lugar del Escribano,*» no establece, sin embargo, que el Escribano pueda sustituirse con un testigo, no llegando á siete los que asistan al otorgamiento, y, porque habiendo declarado la *ley 2.ª* recopilada «*que la solemnidad determinada en la del Ordenamiento de Alcalá, que es la primera de los mismos títulos y libro, se entienda y practique en el testamento abierto que en el latín se llama nuncupativo, mandando que en el del ciego intervengan al*

menos cinco testigos», debe entenderse asistiendo Escribano, como se ordena por la anterior respecto al nuncupativo para el caso en que á su otorgamiento sólo asistan cinco testigos no vecinos, una vez que no había de dejar la citada ley de Toro más expuesto al fraude y al engaño, el testamento del ciego, y con menor solemnidad que el abierto, y que es patente que esta expresada ley se limitó á modificar la que le precede únicamente respecto al número de testigos que habrán de asistir al referido testamento del ciego con intervención de Escribano.»

De los Códigos extranjeros que se han ocupado de la testamentifacción del ciego, unos, como el de Colombia (art. 1.076), el de Chile (1.019) y el de Uruguay (760), siguen un sistema igual al de nuestro art. 698; otros, como el de Guatemala (art. 774), exigen que en el testamento del ciego debe intervenir un testigo más de los que se requieren para el testamento abierto. El Código de la República Argentina declara que el ciego puede testar por acto público (art. 3.652), pero sin señalar al efecto ninguna excepcionalidad, sino sometiendo aquél á las reglas ordinarias y comunes de dicha forma de testar.

Nuestro proyecto de 1882, en el artículo citado, como concordancia al pie del precepto que comentamos, autorizaba para suprimir la lectura segunda del testamento del ciego, si así éste lo indicaba.

II. *De la otorgación del testamento del ciego.*—Por lo que deducimos de nuestro art. 698, la única solemnidad de más que debe concurrir en el testamento del ciego es dicha segunda lectura, que practicará uno de los testigos que al efecto estén presentes ó una tercera persona que, como de confianza suya, elija el ciego, puesto que la lectura que ha de dar el Notario constituye requisito común á todos los testamentos abiertos y á todos los instrumentos notariales.

Ni en el art. 697 ni en el que examinamos se alude en lo más mínimo á las condiciones legales que deben reunir esas terceras personas que á instancias del testador deben leer por segunda vez el testamento, y no sobraría alguna indicación que acerca del particular se hubiera hecho. Nosotros creemos que, aun teniendo vínculos de interés y hasta de parentesco con el ciego ó el sordo, pueden sin tacha alguna desempeñar dicha misión, y hasta precisamente convendrá que reúnan esas circunstancias ú otras pare-

cidas que equivalgan á motivos de afección ó de amistad íntima para con dichos desgraciados. Lo que sí debe exigirse es que ni con los herederos ó legatarios nombrados en el testamento abierto ni aun con los testigos ó Notario mantengan esas terceras personas relaciones que hagan sospechosa la fidelidad al verificar esa lectura segunda, porque ésta, indudable es que tiende á confirmar y ratificar la que previamente practicó el Notario, para que ningún temor de confabulación entre testigos y aquél pueda por el más escrupuso suponerse. Sin embargo, como los artículos 697 y 698 parecen dar amplias facultades al testador para que á su arbitrio designe esas personas, que han de merecer por completo su confianza, puede pasarse por lo que el ciego ó sordo resuelvan, siempre que no se pruebe que en esa designación han mediado maquinaciones insidiosas, dolosas ó de fuerza ó miedo.

El ciego, como es natural, lo mismo puede testar expresándose de palabra y recogiendo el Notario en la escritura sus declaraciones, que presentando la minuta, si sabe escribir, con arreglo á la cual ha de redactarse el testamento. Lo más probable será lo primero; pero también es verosímil y posible lo segundo. Y hasta creemos que es válido el testamento del ciego redactado en vista de minuta escrita por el sistema mediante el cual suelen manifestar sus pensamientos dichos desgraciados, ó sea valiéndose del punzón que va marcando puntos salientes en el papel, siempre que el Notario comprenda esos signos. Como el testamento ha de leerse después por el Notario y una segunda vez á continuación por otra persona, tanto el testador como los testigos tienen ocasión y tiempo para cerciorarse de si lo que aparece escrito y leído es efectivamente la verdadera disposición testamentaria del ciego. Conviene ampliar hasta términos prudentes las facilidades para que aquél pueda testar en forma abierta, porque ésta es la única manera en que el Código le permite otorgar su última voluntad.

***

¿Pueden los ciegos utilizar en la otorgación de su testamento las formas excepcionales establecidas por los artículos 700 y 701 para los casos de inminente peligro de muerte y tiempo de epidemia?—No es tan sencillo el problema como pudiera parecer, porque cuando la

ley, ó mejor dicho, el descuido del legislador deja francas las puertas á la interpretación y ésta se nos ofrece lógica, en sus dos fases, la afirmativa y la negativa, es peligroso dar una opinión cerrada, igualmente expuesta á controversia científica.

El tema de si los ciegos pueden testar mediante las reglas excepcionales sancionadas por los artículos 700 y 701, ó sea sin la asistencia de Notario, pertenece á dicha categoría.

Dicen los que sostienen la solución permisiva, que sin duda el legislador no tuvo presente al redactar los artículos 700 y 701, la contingencia de que un ciego pudiera querer testar en las circunstancias extremas y angustiosas de los últimos momentos, ó en tiempo de epidemia, pero que esto no obstante, al no dictar declaración exprofeso prohibiéndolo, debe deducirse que su intención fué autorizar á los ciegos para que pudieran gozar de los privilegios concedidos para dichos casos excepcionales.

Y añaden los que defienden esta opinión: Del propio modo, las reglas que enuncian los artículos 694 á 696 se aplican, dada la generalidad con que están dictadas, á los testamentos otorgados en tiempo de peste y de peligro inminente de muerte. Y exigiéndose en aquéllos que el testador exprese su voluntad á los testigos y al Notario, que éste dé fe de la declaración de aquél de no saber ó no poder firmar, que igualmente dicho Notario certifique de hallarse el testador, á su juicio, con capacidad legal para testar, ninguno de estos requisitos sería posible cumplir en las mencionadas formas privilegiadas, porque en todas ellas está dispensada la intervención del Notario, sin que los citados artículos 700 y 701 indiquen la manera ó la persona que ha de suplir el cumplimiento de esas formalidades.

Los que sostienen la tesis contraria se apoyan en que teniendo el art. 698 un carácter especial, limitado al testamento de los ciegos, no es posible subordinar esta especialidad á los preceptos genéricos dictados para los que se hallen en la plenitud de sus facultades físicas é intelectuales, por la misma razón que las leyes especiales derogan y condicionan la ley general en el punto concreto sobre el que aquéllas versen.

Aparte esta razón de hermenéutica, tan poderosa ó más que la alegada por los contrincantes, deducida del silencio de la ley, ¿cómo prescindir de la asistencia del Notario, si aun esta garantía

no le ha parecido suficiente al legislador, y ha exigido el requisito de la doble lectura del testamento? ¿Es posible mermar solemnidades en casos de verdadero apremio y atolondramiento, cuando en las circunstancias normales se aumentan, para asegurar mejor la autenticidad del documento testamentario?

Armonizando estas dos tendencias, pretenden algunos salvar la dificultad, manteniendo el requisito de la doble lectura en el testamento otorgado por un ciego en inminente peligro de muerte ó en tiempo de epidemia, pero prescindiendo de la asistencia del funcionario notarial.

En rigor, tal forma, verdaderamente jurídica, resolvería el problema, si no fuese una creación de la lógica, más no de la ley.

Nuestra opinión se inclina resueltamente del lado de los que defienden la negativa; pero volvemos á repetir: mientras una declaración legislativa ó un fallo del Tribunal Supremo no resuelvan terminantemente la cuestión, hay argumentos poderosos para sostener el pro y el contra, sin que tanto al mantener los unos como al defender los contrarios, se incurra en error de bulto ó en notoria herejía jurídica. Cuando el dogma no existe, no puede haber herejes.

III. *Del testamento de los ciegos en las regiones aforadas.*— En el Principado de Cataluña el ciego puede hacer testamento abierto, conforme al Derecho romano, y, por tanto, han de autorizarlo siete testigos, debiendo reducirse á escritura y ser leído al testador para que manifieste antes de la suscripción si está conforme con su voluntad; los testigos pueden firmar unos por otros Esta doctrina aparece confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Mayo de 1845.

En Navarra dicho Tribunal tiene declarado que, siendo el *Fuero* directamente supletorio de las leyes recopiladas, y conteniéndose en él disposiciones generales acerca de las personas que pueden otorgar testamento, sin distinción de las circunstancias en que puede hallarse el testador, por el principio de que «*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*», se impone en el testamento del ciego la observancia de dichas solemnidades generales, más la presencia del Notario y dos testigos.

En las demás provincias aforadas no existen formalidades especiales respecto á la expresada clase de testamentos; y, por

tanto, será ésta regulada por las disposiciones del Código, á tenor de su art. 12, y con más razón en Aragón y en las Islas Baleares, según el art. 13.

ART. 699. Todas las formalidades expresadas en esta sección se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero.

El Notario dará fe, al final del testamento, de haberse cumplido todas las dichas formalidades y de conocer al testador ó á los testigos de conocimiento en su caso.

Concordancias.—Análogo al art. 696 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. I, ley 3.ª*—Comunalmente deuen guardar como por regla los omes que quieren fazer sus testamentos, pues que los han començado ante los testigos que non metan entremedias otros fechos extraños, fasta que los ayan acabados. Fueras ende si lo ouiessen á fazer por cosa que non pudiessen escusar, assi como el dolor de la enfermedad, los cuytasse: en aquella sazon: o si ouiessen estonce grand menester de comer, o de beuer, o de venir á fazer otra cosa, que naturalmente non se pudiessen della escusar. Ca por qualquier destas razones, bien podria el fazedor del testamento partir mano de lo que auia començado, fasta que aquel embargo passasse, o de si tornarlo acabar.

COMENTARIO.—Aprobamos y encontramos sumamente oportuna la primera de las declaraciones que comprende el artículo anotado porque los pareceres disconformes de tratadistas y comentaristas, la forma poco preceptiva y terminante de la ley de Partida anotada en los *Precedentes legales* y la interpretación dada al contexto virtual de la famosa *ley única, tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá,* daban motivo á dudas y hasta á suponer si el requisito de la

unidad de contexto, que así se denomina el problema comprendido en la parte primera del art. 699, sería una de tantas antiguallas y sutilezas del Derecho romano, incompatible, no ya sólo con el organismo testamentario que trajo á la vida el Novísimo Código civil, sino hasta con el precedente, que declaró en vigor el legislador de la *Novísima Recopilación.* De esa suerte se acallarán las diversas opiniones sobre el particular; y, por lo menos, dentro del Derecho positivo ya no cabrá la más pequeña duda de que la unidad de contexto constituye en el testamento abierto requisito tan imprescindible como el que se repute por más esencial, con tanto mayor motivo cuanto que el legislador destina un solo precepto á sancionarlo y regularlo, corrigiendo de esa manera las vacilaciones ó poco expresivas ideas de las legislaciones anteriores.

La segunda parte del art. 699 no tiene relación alguna inmediata con el contenido de la primera, é ignoramos por qué no se la colocó en artículo aparte.

Es tan antigua la exigencia de que las distintas formalidades ó solemnidades del testamento nuncupativo sean cumplidas en un solo momento, sin interrupción que no merezca la consideración de insignificante ó irremediable, que ya las primeras disposiciones escritas del Derecho romano nos hablan de ella. Según Aulo Gelio, se aplicaba á las deliberaciones de los comicios y probablemente también á las del Senado y de los Jueces. Las *Instituciones* de Justiniano señalan la formalidad relativa al *uno contextu* (denominación ésta que debemos al jurisconsulto Ulpiano) como establecida por el Derecho civil, al refundirse en la forma tripartita los diversos modos de testar que hasta entonces se conocían. Ortolan nos dice á este propósito que la solemnidad del testamento, ó sean las diversas formalidades de que se compone, debían verificarse en una sola vez, sin que pudiesen interrumpirse por ningún acto extraño, exceptuándose únicamente la satisfacción de las necesidades corporales, ó lo que exigiese la salud misma del testador. Y otro autor español añade que la interrupción en los comicios, bien fuese por no ser favorables los agüeros, bien por la intercesión de un tribuno de la plebe, ó por cualquier otra causa, invalidaba los actos que le habían precedido; y, por otra parte, el acto civil de la mancipación tampoco admitía interrupciones.

No se funda en caprichosas sutilezas ó en sentido formalista

el requisito de la unidad de acto. La seriedad del momento en que el testador va á resolver solemnemente todo aquello que quiere se haga después de su muerte, exige que entonces no se intercalen asuntos ajenos al que en esos instantes debe ser objeto único y preferente de la atención de testador, testigos y Notario, cuando éste intervenga. Además, podría dudarse de la espontaneidad y libertad del primero, si á cada momento fuera admitido el interrumpirse la confección del testamento, de cuya circunstancia pudieran asimismo aprovecharse los que, en vista de las parciales manifestaciones del disponente, trataran de ejercer influencia indebida, para su provecho ó para el de terceras personas, sobre aquél.

La conciliación de los artículos 699 y 696 ofrecía algunas dificultades en la práctica; porque si el testador podía redactar á solas su última voluntad y entregarla más tarde, cuando quisiera, al Notario, para que este la redujera á escritura pública y fuese debidamente aprobada en presencia de los testigos, parecía que el testamento no se había otorgado con el requisito sustancial de la unidad de acto.

El Tribunal Supremo, sin embargo, en muy reciente sentencia, ya citada al comentar el at. 696, ha procurado armonizar esas dos prescripciones, sin desatender, por un lado, las mayores facilidades que al testador deben otorgarse al manifestar sus últimos pensamientos en orden á la herencia ni prescindir de las exigencias que lleva consigo la formalidad de la unidad de acto. D. Juan Francisco Bustamante, en el *Discurso de solemne apertura de Tribunales*, dice: «Queriendo interpretar los artículos 694, 695 y siguientes, se sostenía la doctrina de que para la redacción completa de un testamento con todas sus cláusulas era preciso que se llevase á efecto en un solo acto ante el Notario autorizante y los testigos, rechazando la validez de aquellos cuya redacción se hubiera verificado con anterioridad por el testador, á fin de que sirviera de pauta al Notario para la confección de su última voluntad; pero como ningún artículo del Código prohíbe la diligencia previa de que va hecho mérito, por cuya razón en la práctica viene haciéndose de esta manera por la mayor parte de las personas que han otorgado sus testamentos, hubiera podido resultar la nulidad de los mismos, según que dicha petición hubiera sido resuelta en una ú otra forma.»

Basta para que exista la verdadera unidad de acto, según la expresada autorizada opinión, que, redactado el testamento con arreglo á las indicaciones del testador, manifieste su conformidad en el momento solemne en que el Notario dé lectura de la disposición testamentaria: En este sentido ha establecido jurisprudencia el Supremo Tribunal, después de un detenido estudio y apreciando las encontradas razones que con la mayor ilustración fueron aducidas por dos distinguidos abogados en la defensa respectiva de un curioso litigio.

También en el Derecho romano encontramos una parecida doctrina; Ortolan nos refiere que la operación de escribir ó dictar el testamento no se hallaba comprendida en las solemnidades, las cuales principiaban con la presentación del testamento á los testigos.

Esa unidad de acto no ha de ser tan material y literalmente entendida que la curación de un dolor que por el pronto aflija al testador enfermo, por ejemplo, sea suficiente para desvirtuar ese requisito y anular en consecuencia el testamento. Esto sería, más que nada, ridículo, y ni en la misma Roma, como hemos visto, se admitía. El legislador español cita el *«accidente pasajero»*, comprendiendo en frase sintética los distintos casos que, por vía de ejemplos, menciona el Emperador Justiniano en una de sus *Constituciones*, la que forma la *ley 28, tít. XXIII, libro VI del Código romano*. Sin embargo, la expresada frase creemos que no retrata exactamente la intención del legislador, ni tampoco prevé todas las formas posibles de interrupción que habrían de considerarse comprendidas en la excepción á que se refiere la primera parte del art. 699. No basta que el accidente sea pasajero, en nuestro concepto, sino que fluya naturalmente de la realidad de las cosas, y sea también imposible de evitar. Se opondría á la unidad de acto, por ejemplo, el otorgamiento de un contrato entre testador y una tercera persona, aunque esto se llevara á cabo en breves momentos y continuara después la confección del instrumento testamentario. Este es, al menos, el sentido que los jurisconsultos romanos daban á la formalidad *«uno contextu»*.

La ley de Partidas anotada explica también con mayor exactitud la excepción á que nos referimos, al aludir *«á cualquier otra cosa que naturalmente no se pudiessen della excusar»*. Ya comprendemos que no debe extremarse el alcance del calificativo *«pasa-*

jero», que acompaña á la palabra *«accidente»*; pero nadie pondrá en duda que si alguna razón de ser tiene la disposición que comentamos, si ha de aplicarse, por tanto, forzosamente, si en alguna ocasión ha de llevarse á la práctica, nunca mejor que en el caso supuesto por el ejemplo presentado, porque, á pesar de lo pasajeros que fuesen los momentos que comprendiera, nadie creemos que los haría compatibles con la validez del testamento. De suerte que, ó ha de respetarse alguna vez el párrafo primero del art. 699, considerándolo como último y obligatorio extremo, *dura lex sed lex*, ó, de lo contrario, habrá que infringirlo abiertamente para todos los casos en que la interrupción del acto no sea de escandalosas proporciones, lo cual no permite el Código.

La ley de Enjuiciamiento civil, en el núm. 2.º de su art. 1.853 exige, como uno de los requisitos para que el Juez declare testamento otorgado de palabra lo que resulte de las declaraciones testificales prestadas en el oportuno expediente de jurisdicción voluntaria, que los testigos y el Notario, en su caso, hayan oído simultáneamente de boca del testador todas las disposiciones que quería se tuviesen como su última voluntad, bien lo manifestare de palabra, bien leyendo ó dando á leer alguna nota ó Memoria en que se contuviese.

Respecto á la segunda parte del art. 699, estarán muy en lo cierto el jurisconsulto francés Rogron, el portugués Ferreira, los italianos Vittore Vitali y Grondona y algunos otros que se ocupan de la materia; concordarán sus opiniones con la que nosotros mantenemos sobre el particular; pero igualmente creemos que dentro de los términos categóricos del expresado precepto, no es posible admitir otra teoría que la de que al Notario le basta dar fe de que se han cumplido en el testamento todas y cada una de las solemnidades mencionadas en la presente Sección, sin otras excepciones que las que ya especialmente se prevén en alguno de los artículos que constituyen aquélla. Creen dichos tratadistas y otros que han escrito detenidamente sobre la que llaman *«mención de las formalidades en el testamento»*, que el no dar fe de cada una de éstas en particular, da lugar á la sospecha de si realmente se han observado tal cual las leyes civiles exigen.

Si el Código español contuviera frase análoga en significación á la del art. 972 del Código francés (*«se hará de todo mención expresa)»*, podría autorizarse una interpretación más en consonan-

cia con los principios que aseguran mejor la integridad y autenticidad de las últimas voluntades. Pero el legislador español, para evitar dudas y discusiones, no sólo habla de que el Notario dará fe *al final del testamento,* sino que emplea el término universal de *todas* las dichas formalidades, á fin de significar que no es preciso dar fe del cumplimiento de cada una en particular. El hecho de que ese extremo ha de cumplirse en el final del documento testamentario, arguye que no ha de aparecer repetido en cada una de las partes ó cláusulas del mismo.

Hay, sí, algunas solemnidades respecto á las cuales ya el Código ordena que de su cumplimiento se dé fe especialmente. Así, el art. 695 dispone que si el testador declara que no sabe ó no puede firmar, lo hará por él y á su ruego, uno de los testigos instrumentales ú otra persona, *dando fe de ello el Notario;* lo que también se hará cuando alguno de los testigos no sepa ó no pueda firmar. Asimismo, y según el propio artículo, el Notario dará fe especialmente de que, *á su juicio,* el testador tiene la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento (1). Estos extremos no pueden ir englobados ni virtualmente comprendidos en la frase á que venimos refiriéndonos, en la que asegura el Notario que se han observado todas las formalidades prescritas por el Código para el testamento abierto.

En cuanto á tales particulares, no puede caber duda alguna

---

(1) Con respecto á este particular procede tener en cuenta la sentencia de 6 de Abril de 1896, recientemente publicada en la *Gaceta,* y de la cual no hemos podido dar cuenta en su lugar oportuno porque cuando se publicó dicha sentencia ya estaba impreso el comentario del art. 695.

Tratábase de un testamento en cuyo encabezamiento se decía literalmente: «Yo D...... hijo legítimo de..... y de....., consortes difuntos, natural y vecino de esta villa, de treinta y ocho años, casado, fotógrafo, hallándome enfermo, pero en el completo y cabal ejercicio de mis facultades intelectuales y habla expedita, *según parece al Notario y testigos infrascritos*..... etc.

Pretendióse la nulidad de ese testamento, entre otras razones, por la infracción del art. 695 del Código civil, á cuyo tenor, el Notario debe afirmar en los testamentos á su *propio juicio* la capacidad del testador.

El Tribunal Supremo, resolviendo el recurso de casación, declaró que aun cuando el Notario debe hacer constar que á su juicio se halla el testador con la capacidad necesaria, el defecto ó la obs-

de que es preciso mencionarlos separadamente y en el lugar del testamento en que corresponda aplicarlos.

Mas hay otras circunstancias, también esenciales é ineludibles, cuya observancia, al parecer, no exige que del cumplimiento de cada una de ellas se dé fe en particular. Tales son, por ejemplo, la idoneidad de los testigos que intervengan en el testamento, los cuales han de ver y entender al testador; la relativa á que éste expresó su última voluntad, ya oralmente ó ya por medio de minuta, leída al Notario y á los testigos; la de que dicho funcionario leyó siempre el testamento á unos y á otros, mostrando la conformidad el disponente; la de que han estado presentes á un mismo tiempo á la lectura Notario y testigos, y no unos y otros sucesivamente; etc. Y como el art. 699 pide sólo que se diga genéricamente «*doy fe de haberse cumplido todas las formalidades previstas en el Código*», el Notario cumplirá con atenerse á la literalidad del referido precepto, holgando toda otra oficiosidad. No diremos nosotros que resultaría ilegal, ó envolvería la nulidad del acto, el que el Notario fuera dando fe del cumplimiento de la respectiva formalidad en cada cláusula que hiciera referencia á aquéllas; y así, en efecto, se hace en muchos testamentos; pero lo que sí creemos, con sujeción á lo que claramente se desprende de la disposición que comentamos, es que el Notario que siga el anterior procedimiento ó sistema, empleando las mismas palabras del Código, cumple fielmente éste, y no puede afectarle responsabilidad de ningún género. Existen ciertos requisitos que aparecen cumplidos del mismo escrito testamentario, y, por tanto, no necesitan que se dé de ellos fe alguna. El número de testigos, la designación del año, mes, día y hora del otorgamiento del testa-

---

curidad en la expresión de este requisito no arguye la nulidad del testamento, tanto porque la ley no exige que aquella importante manifestación se haga en párrafo especial y con las palabras precisas é insustituibles *á su juicio,* cuanto porque con relación directa al caso controvertido, la locución *á su juicio* equivale á la *en su opinión, á su parecer, en su sentir* que se consigna, siquiera sea como inciso, en la primera parte del testamento, al decir literalmente que al Notario y testigos *parecía* que el testador tenía la integridad de sus facultades intelectuales y la capacidad legal necesasia.

Respira esta sentencia un espíritu tan tolerante y justiciero, y, sobre todo, tan acomodado á la realidad de la vida, que no podemos menos de elogiarla, ajustándonos á una estricta imparcialidad.

mento, la firma del testador, etc., deben aparecer de aquel mismo, porque ó están consignados tales extremos ó no lo están; en el primer caso, se han cumplido; en el segundo, se han dejado de cumplir.

Otra de las formalidades de que es preciso dar fe especialmente es la relativa al conocimiento del testador ó al de los dos testigos que suplan esta circunstancia.

Tal prescripción ya se halla establecida por el art. 685 para toda clase de testamentos en que intervenga Notario. Huelga, por tanto, toda otra ampliación de consideraciones si no han de resultar repetición de las que en el comentario del expresado precepto adujimos.

***

De las legislaciones forales, la que con mayor especialidad exige la unidad de contexto es la catalana, siguiendo las huellas del Derecho Romano, como se desprende de la *ley 28, tít. XV, libro VII de la Novísima Recopilación*. En tal sentido se han dictado asimismo las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 1861 y 26 de Octubre de 1864.

Las leyes aragonesas no reclaman el cumplimiento de ese requisito.

ART. 700. Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario.

Concordancias.—Análogo al art. 572 del proyecto de Código de 1851 y al 695 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, ley 10, tít. V, libro II.*—Los ninnos que son menores de XIIII annos, si quisieren fazer manda de sus cosas, o otro prometimiento, o por escripto, o por testimonias, non le puedan fazer, fueras ende si fuere por enfermedad o por miedo de muerte. E si por ventura esta coyta ovieren de X annos adelantre, puede cada uno de ellos mandar de

sus cosas lo que quisiere. E si despues combrar de la enfermedad, cuanto mandaron non deve valer, fueras ende si por ventura tornaren en enfermedat, é lo otorgaren de cabo, o si ovieren depues complidos XIIII annos...

Novísima Recopilación, lib. X, tít. XVIII, ley 1.ª— ... y si lo hiciere sin Escribano público, que sean ahi á lo menos cinco testigos, vecinos, segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere haber; y sino pudieren ser habidos cinco testigos, ni Escribano en el dicho lugar, á lo menos sean presentes tres testigos vecinos de tal lugar...

COMENTARIO.—Suelen otorgarse los testamentos en vista de un peligro de muerte, cuando la edad avanzada engendra el temor de que el fin de la vida se halla más cercano; cuando la índole de la enfermedad que aqueja al paciente ó la clase de trastornos habituales en su salud, hacen concebir la sospecha de una imposibilidad para disponer el testador debidamente de todo lo que ha de ser materia de transmisión hereditaria. El testamento se otorga en consideración á la muerte, y por regla general en él sólo se piensa cuando vemos aproximarse el momento en que por virtud de nuestra naturaleza perecedera, debemos hacer el balance de nuestras cuentas para con Dios y para con la sociedad, á la que dejaremos de pertenecer y con la que necesitamos también quedar solventados. Pero no es al testamento que se otorga en esas circunstancias al que se refiere el art. 700.

El peligro en que el testador se halle para poder acogerse á la excepcionalidad con que le brinda el legislador ha de ser urgente, amenazador, inminente, como dice el Código, es decir, que lleve envueltos consigo temores de quizá muy pronta é irreparable realidad. Dicho legislador ha escogido, con tal objeto, la palabra más expresiva y más adecuada para significar el objeto á que venimos refiriéndonos. Por esto puede decirse que el término «*inminente*» del art. 700 es el que le da carácter y el que probablemente en cada caso litigioso concreto originará dudas y vacilaciones de importancia.

El conocimiento de la práctica de Tribunales y Juzgados y de lo que ocurre en localidades de reducido vecindario sobre el particular, nos autoriza para dar la voz de alerta, principalmente á los funcionarios del orden judicial en sus primeras categorías cuando

intervengan en los expedientes de protocolización y elevación á escritura pública de la clase de testamentos que estudiamos en este comentario. Es muy corriente el hecho de que tratándose de una persona enferma de algún cuidado, pero que no ofrezca peligro de muerte, ni mucho menos *inminente,* en esas localidades á las que antes aludíamos, y donde se carece de Notario, los parientes interesados, algún sujeto oficioso, á veces el mismo testador, consigan la reunión de los cinco testigos que pide el artículo 700 y, burlando los preceptos del Código que establecen el testamento abierto normal para los casos también normales de la vida, muchas veces para evitar los que juzgan equivocadamente mayores gastos por la venida al lugar del funcionario notarial desde la capital del distrito, adoptan la forma excepcional como ordinaria y corriente, sin considerar quizá que con esto hacen perder toda su severidad y eficacia á los preceptos legales sobre testamentos, dictados con la mira de garantizar la autenticidad de aquéllos, y por consiguiente, con el propósito de favorecer en todo lo posible los intereses de los testadores y de los que esperan confiadamente que, por virtud de la sucesión, se respeten sus legítimos derechos y deseos. Los testigos, llegado el momento de confirmar ante la autoridad judicial las manifestaciones que oyeron de palabra al que consideraron para ese efecto como moribundo, ó que vieron escritas en papel que luego se les presenta á fin de que lo reconozcan, aun sin guiarles propósito mal intencionado de faltar al juramento que prestan, declaran, en efecto, que el testador se hallaba en peligro inminente de muerte, no comprendiendo muchas veces el significado exacto de esos términos ni la tendencia ó fin á que en el Derecho positivo responden, ó no habiendo quien les explique, con frases comprensibles y más vulgares, lo que se quiere indicar con esa frase «*peligro inminente*», para cerciorarse de si el testador se encontraba en dicho caso.

A los rústicos labriegos les saldrán á veces sus cuentas muy mal calculadas, porque si en evitación de los mayores gastos que ha de significar la venida del Notario para el otorgamiento del testamento en forma más solemne, acuden al beneficio que les proporciona con excesiva tolerancia el art. 700, en su día se pagarán, y quizá con multiplicados intereses, esos menores desembolsos que, por de pronto, es lo único que les preocupa y aguza sus hábitos de economía. Si no es el Notario quien reclama el

justo pago de sus derechos, será el Escribano y demás partícipes en costas quienes exijan á los herederos los honorarios, también sujetos á Arancel, por la intervención en las diligencias del expediente de protocolización respectivo; porque ya veremos que dicho testamento excepcional equivale á un papel en blanco si no se eleva á escritura pública en la forma ya prevenida por la ley de Enjuiciamiento civil.

A esas mismas gentes indoctas deben advertirles sus superiores en ilustración, como acto de conciencia y caridad, que la resistencia del Notario á intervenir en todos aquellos actos para los cuales sea debidamente requerido, es ilegal y abiertamente contraria á la índole de su profesión, siempre que se trate de utilizar sus servicios dentro del mismo distrito en que la ejerza. Dice, con expresión terminante, el art. 2.° de la ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862, que el Notario que, requerido para dar fe de cualquier acto público ó particular extrajudicial, negase sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad á que hubiere lugar con arreglo á las leyes.

Y á los Jueces de primera instancia nunca insistiremos bastante en recomendarles extraordinario celo y cautela para precaverse contra esos, la mayor parte de las veces, amañados testamentos de última hora que, bajo la fe de cinco infelices y rudos aldeanos, preparan ciertos muñidores de últimas voluntades, fingiendo estados desesperados en la enfermedad del paciente, cuando éste podía entonces dictar sus postreras disposiciones con mayores tranquilidad y solemnidades, sobre todo, bajo la más exacta garantía que proporciona la intervención del Notario, del cual se prescinde hasta cuando se halla domiciliado en las proximidades de la residencia del testador.

Las preguntas del Juzgado deben tender, principalmente, en el día oportuno, á aclarar el verdadero estado de salud del testador, y si hacía temer un próximo y fatal desenlace: Como dice el artículo 1.035 del Código chileno, ha de justificarse que no había modo ó tiempo de otorgar testamento solemne. La restricción del artículo 703 de nuestro Código no evita, en muchos casos, los inconvenientes que venimos señalando.

En realidad, no hay en nuestro Derecho más precedente concreto del testamento excepcional que estudiamos, que el que refiere la ley del Fuero Juzgo anotada en los *Precedentes legales* con

relación á los niños menores de catorce años. En el Derecho romano y en el de Partida existían varias modalidades de testamento, con mayores y menores solemnidades, y, por tanto, aplicables á las diversas circunstancias de la vida, por urgentes y apremiantes que fueran, entre las cuales podían comprenderse las de un peligro inminente de muerte.

El proyecto de Código de 1851, de donde trae su origen nuestro artículo 700, expresa que el que se hallare en peligro inminente de muerte, por efecto de un ataque ó accidente repentino, que haga temer la muerte sin testamento, podrá otorgarlo ante tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento, ó ante dos, con Escribano. El art. 697 del proyecto de 1882 disponía que esa forma de testar pudiera otorgarse ante el Juez municipal ó el Cura párroco y tres testigos, ó ante cinco testigos solamente, siempre que en la localidad no hubiera Notario

Confirmando lo que ya en otro comentario hemos dicho, estamos más de acuerdo con el sistema que este último proyecto estableciera. ¡Cuántas mayores garantía y seriedad en el acto del testamento no supone la intervención de un representante de la Autoridad, aunque lo sea en un grado inferior, ó del encargado del cuidado de las almas, que la presencia de cinco testigos, expuestos quizá, por su ignorancia ó excesiva buena fe, á todas las sugestiones del engaño y á originar las graves consecuencias que en ocasiones puede producir el desconocimiento del Derecho positivo, aun con referencia á las solemnidades de índole diversa que deben mediar en el testamento de menores requisitos!

Porque esos testigos han de dar fe (y no deje de tomarse esto en cuenta, aunque el art. 700 nada diga, cuando lo supone sobreentendido) de que el moribundo se halla, á juicio de ellos, con la capacidad legal necesaria para testar; han de certificar el motivo por qué el testador deja de firmar, no sabiendo ó no pudiendo; han de tener presente el conocimiento del testador, haciéndolo especialmente constar y exigiendo subsidiariamente la presentación de dos testigos de conocimiento que suplan dicha falta; han de redactar, cuando proceda, el testamento, según la manifestación hablada del paciente, muchas veces confusa, compleja, escasamente inteligible; han de fijarse en que la unidad de acto, aun en esta clase de testamentos, es requisito *sine qua non,* y cuya inobservancia trae consigo aparejada la nulidad de lo hecho, aunque

las demás formalidades se hubieren cumplido; en una palabra, han de acreditar tales testigos, en materia de solemnidades testamentarias, una ilustración ó conocimiento del Derecho, muy semejante á la de un funcionario notarial, con su carrera y su idoneidad además justificada en certámenes públicos de oposición.

Y aunque forme una de las primeras disposiciones del Código civil el principio de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, la lógica que impone la invariable realidad, nos convence de la imposibilidad de que todos esos requisitos puedan tenerlos en cuenta y cumplir en forma legal, ó siquiera de modo aproximado, gentes completamente indoctas que constituyen la gran mayoría de los pobladores de las aldeas, á no entregarse en manos del muñidor, á que anteriormente nos referíamos, y eso cuando tal personaje exista, y aun suponiendo lo más favorable, ó sea que le adornen prendas morales de buena intención y espíritu recto.

¿No es más verosímil presumir que la relativa mayor ilustración que puede exigirse en las villas y poblados de corto vecindario, han de poseerla, por regla general lógica, el sacerdote, el maestro, el representante de la Autoridad, siendo el primero, sobre todo, el más á propósito para contener y evitar asechanzas é inmorales maquinaciones contra la voluntad del testador, cuando personas desaprensivas quieran hacer á éste juguete de sus caprichos y reprobadas malas artes? Es inútil protestar que al sacerdote le conviene estar alejado de todo lo que sea extraño á su divino ministerio; porque el mismo legislador español, al crear ó modificar servicios administrativos de indudable importancia y que extienden sus últimas ramificaciones hasta la más apartada villa, da á entender que juzga imprescindible y valiosa esa cooperación, cuando le encomienda cargos ó representaciones que para nada se relacionan con el cuidado espiritual de las almas.

El proyecto de 1882 ponía además condiciones para el testamento otorgado por el que, en virtud de enfermedad grave ó de otra causa, se hallare en peligro de morir sin testamento, es á saber: Las de que dicha persona residiese en despoblado y no existiere Notario en la localidad, habiendo de escribir entonces la última disposición el Juez municipal, el cura ó uno de los cinco testigos. También ese proyecto permitía testar en la misma forma ante cinco testigos idóneos, sin que concurrieran los expresados

funcionarios y no siendo preciso en uno y otro caso que los testigos supiesen escribir, cuando no pudiesen ser habidos con esta circunstancia. El Código español, como se ve, ha simplificado los términos en que encontró regulado el testamento en peligro inminente de muerte según los proyectos de 1851 y 1882, reduciendo á un solo tipo los varios casos que aquéllos preveían y dando á entender que, por lo demás, han de observarse las restantes disposiciones concernientes al testamento abierto, á pesar de que nada indica el art. 700, siendo más explícito en este particular el párrafo 2.º del citado art. 697 del proyecto de 1882.

La frase *«testigos idóneos»*, según ya hemos observado en otra parte, se contrapone á la de otros artículos que hablan solamente de *«testigos»*, con lo cual se quiere dar á entender que los testigos del art. 700 han de reunir todas las condiciones físicas y morales que se deducen del contexto de los artículos 681 y 682, ya detenidamente examinados; sin que se admita, pues, ninguna excepción en contrario, ni tolerancia de género alguno.

Otras ampliaciones con referencia á la forma excepcional de testar mencionada las expondremos en comentarios siguientes.

ART. 701. En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de diez y seis años, varones ó mujeres.

Concordancias.—Análogo al párrafo 2.º, art. 572 del proyecto de Código de 1851 y al 698 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—Véanse los del artículo anterior.

COMENTARIO.—Otra significativa rebaja de solemnidades supone el art. 701 con relación al anterior y á los que regulan el testamento abierto normal. Cuando se trata de testamentos otorgados en caso de epidemia, no sólo se dispensa la intervención de Notario, sino también la idoneidad perfecta de los testigos y hasta el número de éstos.

Los jurisconsultos Mackeldey (*Elementos de Derecho roma-*

no), Ortolan (*Instituciones de Justiniano*) y Vittore Vitali (*Del testamento privilegiato*), convienen en que el origen de esa forma de testar se encuentra en una Constitución de los Emperadores Diocleciano y Maximiniano, según la cual, tratándose de lugares donde dominara la epidemia, se admitía que el testador pudiese declarar la propia voluntad sucesivamente á los testigos, sin que fuera preciso que éstos se encontrasen juntos; prescindiéndose, pues, de la unidad de acto: «*Casus maioris ac novi contingentis ratione, adversus timoren contagionis, quae testes deterret, licet qualibet de iure relaxatam est; non tamen prorsus reliquae testamentorum solemnitas perempta est. Testes, enim, huiusmodi morbo oppresos et tempore iungi atque associari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est.*» Por esto los eminentes referidos romanistas interpretan esta Constitución en el sentido de que dispensaba, no de la convocación y número de los testigos, sino de la necesidad de acercarlos al testador, de llamar siete testigos á la vez.

En el comentario anterior ya hicimos ver que la legislación patria antigua modeló formas de testar excepcionales con menor número de solemnidades, pero para todos los casos en que voluntariamente se quisiera hacer uso de ellas, sin necesidad de que concurrieran las contingencias que hoy concretamente se prevén. Por esto no se encuentran disposiciones que regulen el testamento otorgado en inminente peligro de muerte y de epidemia ó contagio.

El proyecto de 1851 sometió la última de estas formas de testar á la misma regla que el testamento hecho en peligro inminente de muerte. El proyecto de 1882 estatuyó, en nuestra opinión con plausible acierto, lo referente al particular, ordenando que en las poblaciones ó sitios incomunicados por razón de epidemia ó de otra calamidad pública, aunque el testador no se hallare enfermo, pudiera otorgarse testamento ante Notario y dos testigos idóneos, y á falta de Notario, sin necesidad de justificarlo, ante el Juez municipal ó el cura de la parroquia y los mismos dos testigos, ó ante los testigos idóneos, sin estos funcionarios.

En 31 de Agosto de 1885 se dictó por el Ministerio de Gracia y Justicia una Real orden que, aunque propia de las circunstancias sanitarias de entonces, fué respetada después para casos análogos. Entre sus principales disposiciones hallamos, como

importante precedente histórico, las relativas al más ineludible deber que se impone á los Notarios para acudir inmediatamente á la cabecera de los enfermos epidemiados, cuando aquéllos sean requeridos; debiendo, en el caso de otorgarse testamento en esas condiciones, extenderse la oportuna cédula ante el mayor número de testigos posible, cuidando que concurran al acto por lo menos los que señalan las leyes del Reino ó las forales, en su caso, para la validez de los testamentos nuncupativos á cuyo otorgamiento no asista Notario, y cuando no sea posible conocer al testador ni encontrar testigos de conocimiento, ó por otras razones legales, á excepción de la notoria incapacidad del otorgante. No habiendo Notario en la localidad ó no acudiendo éste con la prontitud necesaria al llamamiento del requirente, y no pudiendo utilizar otros medios legales para otorgar testamento con la urgencia que el caso exija, la expresada cédula deberá extenderse por el Secretario del Juzgado de primera instancia ó del municipal en su defecto, previa solicitud verbal que dirigirá al Juez cualquier pariente ó amigo del otorgante: Tanto los Notarios como los Secretarios judiciales serán testigos en estos testamentos, siempre que fuere necesario para completar el número de los designados por las leyes. Terminada la redacción de la cédula, la conservará en su poder el Notario ó el Secretario judicial que hubiese intervenido en su redacción, hasta que tenga noticia del fallecimiento del testador, ocurrido el cual, la presentará al Juez competente, á los efectos prevenidos en el título VI, libro III de la ley de Enjuiciamiento civil; si recobrare la salud el otorgante, podrá reclamar la cédula del funcionario en cuyo poder se custodiase, el cual la entregará bajo recibo y ante dos de los testigos que la hubieran autorizado, ó, en su defecto, ante otros dos que sean vecinos de la localidad.

Comprendió, pues, el autor del Códio civil la necesidad de dar vida legal definitiva á una forma de testar que tan imperiosamente se hacía necesaria, principalmente después del sistema ú organismo que en materia de solemnidades testamentarias adoptara dicho cuerpo legal. La necesidad se ha llenado, aunque por tan deficiente é impropio modo, que habremos de ver cómo cada una ó casi todas las frases del art. 700 han de ocasionar dudas fundadas, habiendo ya provocado entre los comentaristas disconformidades esenciales en la interpretación. ¡Buena diferencia de

la redacción, clara, previsora y completa del art. 698 del proyecto de 1882, que ya hemos transcrito, á la del precepto citado del Código civil!

La primera frase, «*en caso de epidemia*», ha dado margen á que se dude si el testamento privilegiado á que venimos refiriéndonos puede otorgarlo solamente el atacado por la epidemia, ó también cualquiera que se halle en el lugar infestado. Los escrúpulos en cuanto al particular nos han parecido demasiado nimios: Dispénsennos los tratadistas Sres. Alcubilla y D. Jesús Firmat Cabrero, Notario de Zamora, autor éste de un folleto muy práctico denominado *Estudios sobre el Código civil*, si juzgamos, por tanto, casi inútiles sus observaciones sobre el particular. El propósito del legislador está perfectamente determinado al incluir entre las formas privilegiadas de testar la que estudiamos, con el fin de poner remedio oportuno y facilitar el ejercicio de la facultad de testar en poblaciones ó territorios en que las bajas producidas por la enfermedad contagiosa, el sobresalto y temor que en el ánimo de todos produce aquélla y la atención y concurso que han de prestar los sanos á los que han sido víctimas de la epidemia, alteran, sin duda alguna, y trastornan las circunstancias normales de la vida social. De modo que el Derecho ha acudido en favor de todos aquellos que sufren en un orden ó en otro las consecuencias del mal reinante; ya realmente estén bajo el imperio del contagio, ya se encuentren por el pronto libres de él. Y así se comprende porque además, si el artículo se refiriese solamente á los primeros, holgaría, por cuanto el atacado de una epidemia, sobre todo, de las de caracteres más graves, mientras no entre en el período de clara convalecencia, bien puede decirse que se halla en peligro inminente de muerte; y para este caso ya tiene el Código establecida una forma privilegiada, no siendo tan precisa otra para los epidemiados de menor gravedad. Es innecesario acudir, por tanto, como hace el Sr. Firmat y Cabrero, al *Diccionario de la Lengua castellana*, para lograr el significado propio de la palabra «*caso*»; aquí no se trata ni se alude en lo más mínimo á casos individuales de contagio, porque si no se daría otro giro á la redacción del art. 701, refiriéndolo á la persona ó personas que se encontraran atacadas de la enfermedad reinante. La locución «*en caso de epidemia*» equivale, sin duda alguna, á la de «*en tiempo de epidemia*».

Algo menos confuso, de todos modos, sería nuestro artículo si al redactarlo se hubieran tenido en cuenta los términos con que aparece dictado su antecesor en el proyecto de 1882, el cual comienza diciendo: «*En las poblaciones ó sitios incomunicados por razón de epidemia ó de otra calamidad pública, aunque el testador no se halle enfermo*», etc. Ignoramos los motivos que han producido esa extremada concisión en el Código civil novísimo, cuando, como se ve, resulta tan perjudicial á la inteligencia de uno de sus más importantes preceptos.

En ese mismo sentido regulan la forma especial de testar para tiempo de epidemia los Códigos de Italia (art. 787), Guatemala (786), Méjico (3.804, núm. 2.°), Uruguay (773, párrafo 2.°), República Argentina (3.689), y de Francia (985). El art. 986 de este último declara terminantemente que los testamentos hechos en un lugar con el cual está interceptada toda comunicación á causa de la peste ó de otra enfermedad contagiosa, podrán otorgarse tanto por los que están ya contagiados, como por los que se encuentren en los sitios infestados, aunque no estuviesen actualmente enfermos.

¿Cuándo podrá decirse que existe ó se halla determinada la epidemia para los efectos del art. 701? ¿Se necesitará declaración oficial, hecha por la Dirección general de Sanidad ó el Ministerio de la Gobernación? En uno y otro caso, ¿la existencia de epidemia en una provincia ó pueb'o afecta en algo á los colindantes ó al resto de la Nación para los efectos á que venimos refiriéndonos? Todas estas cuestiones y algunas otras más de que trataremos deja de resolver por cumpleto la disposición que comentamos, y ni siquiera de sus términos podemos vislumbrar la solución más adecuada.

Respecto al primer punto, ni aun en los precedentes del Derecho español encontramos horizonte alguno por donde poder orientarnos para indagar el propósito del legislador, El Código italiano, en el artículo anteriormente citado, se refiere á enfermedad *reputada* contagiosa; y hasta conocemos un fallo del Tribunal de Turín de 27 de Junio de 1870, según el cual, cuando exista una enfermedad posible de propagarse y de conducir prontamente á la muerte, es inútil indagar la mayor ó menor extensión del peligro del contagio. Los jurisconsultos italianos Borsari *(Successione articulo 787, § 1.706)* y Losana *(Successione testamentaria)* creen

que existe la enfermedad dominante cuando la hay en una zona del país, en la cual, la alarma, el espanto y la fuga de los habitantes son producidas por el estrago y la muerte. Otros tratadistas, por el contrario, como Mattei y Pacifici-Mazzoni, amplían la procedencia del testamento especial de que tratamos al caso en que exista una sola invasión del cólera morbo, aunque sea aislada.

Las declaraciones de epidemia en nuestro país, con arreglo á la legislación vigente de Sanidad, se hacen solamente para los efectos administrativos é higiénicos, sin que, al menos hasta ahora, se hayan subordinado á ellos los preceptos del Derecho civil, y más en el caso concreto que examinamos.

El legislador parece que ha tratado de huir en el art. 701 de toda declaración sobre el particular, comprendiendo quizá los inconvenientes que se originarían de hacer depender el ejercicio del derecho de testar de la publicación de una Real orden ó Real decreto, declarando oficialmente la existencia de determinada epidemia en todo el país ó parte de él, cuando estas medidas se acuerdan muchas veces tardíamente ó con sujeción á ciertos requisitos, que pudieron muy bien no haberse observado en un lugar apartado en que, sin embargo, se presentara con carácter apremiante la necesidad de acogerse al beneficio ó privilegio testamentario introducido en favor de los enfermos epidémicos, ó de los que, por causa de éstos, se encuentran sin los medios y recursos de las circunstancias normales. Puede suceder que en una aldea ó poblado de no muy numeroso vecindario, exista una terrible invasión epidémica de viruela, de lepra, de fiebres palúdicas, etc., que imposibilite á los vecinos para otorgar testamento abierto, según los artículos 694 á 696 del Código civil, y, sin embargo, el Gobierno central ó sus Delegados en provincias, por la esperanza de que dicha epidemia no se propague á los lugares próximos, ó por otros motivos, no hagan la declaración de tal epidemia. ¿No sería entonces irracional é injusto el negar á esos desgraciados vecinos la facultad de testar con arreglo á la disposición que estudiamos, por no haber precedido una formalidad administrativa del carácter de la indicada? Indudablemente que sí.

Déjese, pues, al criterio jurídico de los Tribunales, siempre que se impugne el testamento que se dice otorgado en tiempo de epidemia, el apreciar si el lugar del otorgamiento estaba verdaderamente comprendido en punto donde el contagio de las enferme-

dades reinantes no ofrecía género alguno de duda; y si aquéllas merecían realmente el carácter y dictado de epidémicas, prefiriéndose este criterio al que debe estimarse como más inexacto y más expuesto á graves resultados y perjudiciales consecuencias.

Por lo mismo, igualmente creemos que los beneficios de dicha forma privilegiada de testar se aplicarán sólo á la región ó punto de la región donde la epidemia realmente exista, á no ser que, tratándose de lugar próximo á aquélla, sea imposible encontrar Notario ó mayor número de testigos idóneos, por hallarse las personas, á que en circunstancias normales forzosamente tendríamos que acudir, imposibilitadas de prestar los debidos testimonios de su fe, por causa de la misma epidemia, habiendo de justificarse suficientemente estos extremos. Esta última conclusión la establecemos como compatible indudablemente con el espíritu del art. 701, porque el que se encuentra en el referido caso, la epidemia le priva de cumplir las formalidades á que en otras circunstancias estaría indudablemente obligado, bajo pena de nulidad de lo hecho.

Los testigos que intervienen en tiempo de epidemia no pueden en realidad llamarse idóneos, porque no reúnen todas las condiciones requeridas por los artículos 681 y 682. El 701 marca claramente las excepciones con relación á los números 1.º y 2.º del 681, y permite testificar á los menores de edad, con tal que excedan de los diez y seis años, y á las mujeres. Pero esto no significa que sean indiferentes las demás condiciones exigidas, tales como la vecindad, la vista, el oído, la sanidad de la mente, la de entender el idioma del testador y la de no haber sido condenados tales testigos por delitos de falsificación, de falso testimonio y por aquellos que llevan consigo la pena de interdicción civil.

La tolerancia del art. 701 no puede llevarse á mayores extremos que los que indica; no siendo posible admitir lo que algún tratadista da á entender al considerar excusables los demás requisitos de carácter general, porque, de lo contrario, desaparecería toda garantía y quedaría reducido á la más mínima expresión y á un acto de muy escasas formalidades el testamento excepcional que se hiciere dominando enfermedades contagiosas. Conviene mantener cierta intransigencia sobre el particular, in-

terpretando restringidamente el art. 701 según su tenor literal y el espíritu que le inspira.

Algunos autores proponen la cuestión de si sería válido un testamento otorgado en las expresadas circunstancias ante Notario y dos testigos. Á nosotros no nos cabe la más ligera duda en resolverla afirmativamente. El Notario bien equivale al tercer testigo, y si se reduce la última disposición á escritura pública, mucho mejor; porque el art. 701, aunque prescinde de la intervención de Notario, da á entender esto para cuando no sea posible lograrla, y el testamento que se otorgara por ante Notario y tres testigos, aunque perfectamente eficaz, revestiría alguna formalidad más de las que exige el citado precepto. Si el Notario no interviniera entonces como tal, sino como testigo, habría de reunir las cualidades físicas y morales requeridas por el mencionado art. 681.

Por lo demás, han de concurrir todas las restantes solemnidades á que se refieren los artículos 695 y 696, ya haciendo consignar su cumplimiento en el documento que se extienda, si la última voluntad se reduce á escrito, ó teniéndolas presentes en su memoria los testigos, si aquélla se manifestó simplemente de palabra, para acreditarlas en el día oportuno y asegurar haberse realizado, al declarar en el expediente de jurisdicción voluntaria, complemento indispensable de la declaración hecha por el testador en su enfermedad.

El requisito de la unidad de acto no aparece tampoco exceptuado, y por tanto, debe asimismo escrupulosamente respetarse en la forma privilegiada de testar de que tratamos.

Ya veremos en comentarios sucesivos cómo se exigen otros requisitos para los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte y en tiempo de epidemia.

En el Derecho foral, sólo la legislación catalana menciona al último de aquéllos, dispensándole, como las leyes romanas, de la formalidad del *uno contextu*.

ART. 702. En los casos de los dos artículos anteriores, se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir.

Concordancias.—Análogo al art. 699 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 703. El testamento otorgado con arreglo á las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, ó cesado la epidemia.

Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para que se eleve á escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente.

Concordancias.—Análogo al art. 573 del proyecto de Código de 1851 y al 700 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. —*Fuero Juzgo, lib. II, tit. V, ley 11.ª*—... Mas esto devemos catar que la manda que es fecha segund la primera manera, e segund la segunda manera quando aquel cuya es la manda la confirma por su mano, ó los testigos, ó cada uno destos por sí, fasta VI meses que sea la manda demostrada al obispo segund cuemo dize otra ley.

...E la manda que es fecha en la tercera manera de suso dicha, quando aquel que faze la manda ruega á otri que escriva por él, ó que la sennale, esta manda estonze deve seer firme, si fuere mostrada antel obispo fasta VI meses, e si aquellos que son metidos por testimonios en la manda, e aquel que fué rogado que la escriviese, iuraren antel obispo que en aquella manda non a nengun enganno, sinon que es assí toda escripta, cuemo mandó aquel cuya es, e despues que iuraren que aquel cuya era la manda les rogó que fuessen sus testimonias, e que la confirmasen. E la manda que es fecha en la cuarta manera, que es de suso dicha, por testimonias sin escripto, estonze deve valer, pues que las testimonias iuraren que fueron rogadas que fuesen testimonias,

e que iuren antel iuez fasta VI meses aquello que es contenido en la manda. E que aquel iuramiento sea confirmado por su mano dellos mismos e de otras testimonias...

ART. 704. Los testamentos otorgados sin la autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan á escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil.

Concordancias.—Análogo á los artículos 597 y 598 del proyecto de 1851, é igual al 701 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. II, ley 4.ª*—Ante testigos paladinamente seyendo fecho el testamento, o sin escritura, si alguno de aquellos a quien fué algo mandado en el, pidiesse al juez que fiziesse venir ante si los testigos, e rescibiesse los dichos dellos en escrito, en la manera quel testamento fuera ordenado ante ellos, deue el juez fazerlo assi, e desque los testigos fueren venidos ante el, deuelos fazer jurar que digan verdad: e de si deue fazer escreuir lo que dixeren. E vale tanto el escrito que fué fecho desta guisa, de los dichos de los testigos: como el testamento que es fecho en escrito. E maguer que muriessen los testigos todos ó alguno dellos, despues que esto ouiessen fecho, valdria el dicho e la escritura dellos, bien assi como si fuesse testamento acabado, seyendo las personas de los testigos atales, que non los pueden desechar.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 702, 703 Y 704.—*Razón del plan.*—Agrupamos en un solo comentario los tres artículos anotados, porque los dos primeros consignan solemnidades comunes á los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte y en tiempo de epidemia, y el tercero ya diremos qué clase de relación puede guardar con los anteriores.

I. *Sobre la redacción por escrito de los testamentos hechos sin intervención de Notario en peligro inminente de muerte y en tiempo de epidemia.*—Hemos observado en otra parte que el testamento nuncupativo, hoy llamado abierto ó público, debe siempre, por regla

general, escribirse; quedando, con arreglo al Código civil insubsistente la antigua legislación que permitía otorgar testamento nuncupativo por escrito ó de palabra. Las únicas excepciones que en la forma pública de testar se oponen á dicha regla general rigen en los casos de los artículos 700 y 701; y, además, como habremos de ver, en los testamentos militares y marítimos que se llevan á cabo en una batalla, asalto ó combate. Pero esa excepción no se autoriza en los dos primeros casos siempre, y en todas las circuntancias. Ha de acreditarse que no ha sido posible cumplir la regla general, pues no concurriendo esa imposibilidad, es obligatorio seguir la prescripción común relativa á la escritura.

Precisamente una sentencia de reciente fecha sienta con toda claridad la doctrina legal sobre este extremo: El Tribunal Supremo declara en 16 de Febrero de 1891 que, como únicas excepciones de la regla general sentada por el art. 694 del Código civil, que modifica nuestro antiguo Derecho, se dispone en los artículos 700 y 701 que puede otorgarse testamento ante los testigos que respectivamente señalan, y sin necesidad ó sin intervención del Notario, si el testador se hallase en peligro inminente de muerte ó en caso de epidemia; y que, comprendiendo ambos casos de excepción, se establece en el art. 702 que «*Se escribirá el testamento siendo posible*», y no siéndolo, el testamento valdrá, aunque los testigos no sepan escribir; y si, según la Sala sentenciadora, fué posible escribir y no se escribió el testamento, esa formalidad de la escritura, de la que no cabe prescindir sino en el caso extremo de imposibilidad material, tiende á impedir que pueda falsearse la voluntad del testador con arreglo á confabulaciones ulteriores, dando al acto del otorgamiento mayores garantías, y, en tal concepto, la falta de ese importante requisito no puede menos de afectar á la validez del testamento, toda vez que, según prescribe el art. 687 del mismo Código civil, será nulo el otorgado sin observarse las formalidades establecidas en todo aquel capítulo.»

Aconsejamos, por tanto, á los Jueces de primera instancia que entiendan en la tramitación de los oportunos expedientes para elevar á escritura pública los testamentos hechos en las condiciones de los artículos 700 y 701, que diluciden escrupulosamente los motivos que hayan impedido reducir á escrito la última disposición otorgada de palabra, para penetrarse de si realmente existió esa imposibilidad á que alude el art. 702. Tales

motivos pueden consistir, y ser estimados como suficientes para el objeto que nos ocupa v. gr., en no hallarse, recado de escribir en casa del paciente y no ser fácil hallarle en punto próximo; el ser tan grave el estado del enfermo, que impida toda dilación, á trueque de morir intestado; el no haber testigo, entre los concurrentes, que sepa escribir y hacer, por tanto, los oficios de Notario, y otros casos análogos. Claro es que se procurará, con referencia al último supuesto, encontrar testigo ó testigos que sepan leer ó escribir, uno, por lo menos, como ordena el párrafo primero del artículo 694, porque sólo en el caso de que fuera de todo punto imposible cumplir este extremo, sería eficaz el testamento manifestado oralmente. También puede intervenir una tercera persona, extraña á los testigos, que escriba lo que el testador exprese, firmando éste ó aquélla por él y por los testigos que no sepan ó no puedan.

Como lo escrito no representa después de todo más que una cédula ó apunte que ayudará á refrescar en su día á los testigos, la memoria de lo ocurrido en la cámara del enfermo ó en el lugar en que expresó sus últimos pensamientos en orden á la herencia, el que se hallare, aun sano, en punto infestado de epidemia, parece que ha de ser indiferente el que dicha cédula esté suscrita por el testador y testigos, aunque convendría que esto ocurriera siempre que fuera posible, para mayor garantía de dicha clase de testamentos privilegiados. Por esto dice el art. 1.945 de la ley procesal civil que si, al otorgar el testamento de palabra, se hubiera tomado nota ó apunte de las disposiciones del testador, se presentará con la solicitud dicha nota ó Memoria.

El proyecto de 1882, con alguna mayor claridad que nuestro artículo 702, disponía respecto á los testigos, no ser necesario que éstos supiesen escribir cuando no pudieren ser habidos con esta circunstancia, añadiendo, en cuanto al otro extremo de que acabamos de tratar, que «tampoco sería necesario redactar por escrito el testamento y leerle el testador cuando no lo permitiese la urgencia del caso; pero se escribirá lo antes posible si interviene Juez municipal, Cura ó Notario ó sabe hacerlo alguno de los testigos, expresando la causa de la urgencia».

Si se escribe el testamento, han de observarse todas las solemnidades esenciales; como el dar fe de que el testador, aun encontrándose en grave peligro de muerte ó atacado de la epidemia

reinante, se halla en el pleno y normal ejercicio de sus facultades; de que las cláusulas redactadas fueron leídas al testador, prestando éste su completa conformidad; de que la unidad de acto se ha respetado en todos esos momentos y de las diversas incidencias á que aluden los artículos 694 á 696, tal como la de que tengan que firmar unos testigos por otros ó por el mismo testador.

Y con lo dicho en el presente comentario y en los dos que le preceden puede afirmarse que quedan señalados los requisitos que han de concurrir en los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte y en tiempo de epidemia con relación al tiempo de su otorgación, propiamente dicha, y en cuyo tiempo aún vive el testador. No queda con ellos resuelta su eficacia, porque las formalidades que indispensablemente han de mediar, una vez fallecido aquél, son tan esenciales como las que ya hemos explicado.

***

Validez temporal de los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte y en tiempo de epidemia.—Los expresados testamentos son letra muerta si no reciben su confirmación de la autoridad judicial, que los aprobará si, por las pruebas practicadas, los encuentra en un todo arreglados á Derecho, ordenando que se protocolicen, para que entonces aparezcan ya definitivamente extendidos en escritura pública. Pero el recurso de acudir á dicho requisito tampoco en ocasiones resuelve nada, porque, según el artículo 703, no procede, y, por lo tanto, queda sin efecto ni valor alguno el testamento, ya se haya otorgado oralmente ó ya por escrito, si transcurren tres meses desde el fallecimiento de su autor ó dos á contar del momento en que hayan cesado las circunstancias anormales que justificaron la creación de esas formas privilegiadas de testar, sin solicitar las referidas elevación á escritura pública y protocolización. De suerte que, manifestada la última voluntad, lo primero que conviene acreditar y aclarar, después de muerto su autor, es la exigencia del art. 703 del Código, en sus dos importantes extremos. Y con este objeto, nunca podrá tener mayor oportunidad la nota de presentación que el Escribano haya de extender en la correspondiente instancia iniciadora del expediente de jurisdicción voluntaria, de que luego trataremos.

Los plazos de dos y tres meses á que se refieren los dos párrafos del citado art. 703 se computarán, con arreglo á la disposición del art. 7.º del Código, según el cual, si en las leyes se habla de meses, días ó noches, se entenderá que los meses son de treinta días, los días de veinticuatro horas y las noches desde que se pone hasta que sale el sol.

Hállase basada en perfecta justicia la prescripción primera del artículo 703, al considerar provisional el testamento que se otorgue en circunstancias calamitosas ó cuando el testador veía en inminente peligro su vida; puesto que, desaparecidas esas contingencias sin que el testador haya fallecido, queda éste en libertad para manifestar su última voluntad por los medios ordinarios que las leyes tienen establecido. Y quedarían éstas burladas no fijándose un límite para que el beneficio ó privilegio dejara en un momento dado de tener aplicación. Todas las legislaciones que han regulado esas formas de testar han señalado un plazo; si bien, como acontece siempre, diverso en duración, atendidos el criterio de cada legislador y las circunstancias climatológicas de cada país.

Ya puede comprenderse cuán de relativa apreciación, y sobre todo, de carácter facultativo, es el determinar si el peligro grave de la enfermedad ha cesado, para empezar á contar desde ese momento el plazo de los dos meses; siendo también hasta de casi imposible fijación el instante mismo en que el enfermo deja de hallarse á las puertas de la muerte para penetrar en las de una convalecencia de fuerzas, que auguren un alivio franco y evidente de su dolencia. Objeto de las preguntas que el Juez haga á los testigos que declaren en el expediente de jurisdicción voluntaria han de ser los extremos indicados, principalmente cuando el certificado de defunción del testador refiera el fallecimiento del mismo á día bastante alejado del de la confección del testamento. Si no hubiere transcurrido ese plazo, es decir, si el testador dejó de existir, dentro de esos dos meses, á contar desde el día en que testó, las preguntas se limitarán á averiguar el carácter de la enfermedad y de su mayor ó menor gravedad, sin perjuicio del despejo intelectual del paciente y de la edad del mismo requerida para testar.

La ley de Enjuiciamiento civil parece que no autoriza la intervención de peritos en las diligencias para elevar á escritura

pública testamentos no autorizados por Notario; pero no debería á nadie parecer superfluo el dictamen del facultativo ó facultativos que hayan asistido al doliente, sobre todo en los momentos en que hizo el testamento excepcional. Si éste llegara á ser impugnado en su día en vía contenciosa, por el motivo supuesto de no hallarse entonces el testador en inminente peligro de muerte, ese dictamen pericial se admitiría y estaría igualmente indicado, sobre todo, cuando pudiera proyectar alguna luz sobre los Tribunales en la indagación del hecho substancial á que se contraiga la oposición litigiosa.

Lo expuesto nos induce á creer que el Juez no podrá rechazar de plano la solicitud en que se pida la elevación á escritura pública del testamento excepcional á no ser en el caso de que hubieren transcurrido los plazos señalados, no sólo porque en ese primer período del expediente carece de datos para formar opinión segura sobre el particular, cuanto porque, aun teniéndolos, quitaría á la parte legítima, á cuya instancia se iniciarán las diligencias, recursos y el derecho de contrastar y aquilatar el valor de las pruebas que en el curso de aquéllas ofreciera al Juzgado. Este debe formar su convicción por los documentos aportados á los autos y declaraciones testificales recibidas para dictar en conciencia su resolución. Otra cosa sería desnaturalizar el carácter de ésta y la índole de las funciones que desempeñan los Tribunales de justicia.

En cuanto al cómputo de los dos meses desde que haya cesado la epidemia, ya hemos hecho observar cuán difícil, y á veces inútil, es subordinar los cálculos á la declaración oficial que hagan las Autoridades del orden administrativo, tanto del comienzo de la invasión como de la extinción de los casos epidémicos. El jurisconsulto italiano Pacifici Mazzoni sostiene que la cesación de la epidemia debe entenderse desde que no haya ocurrido ningún otro caso más en el lugar infestado; es decir, se refiere á la cesación absoluta. El tratadista Vittore-Vitali, comentando el art. 790 del Código italiano, cree que es suficiente una cesación relativa, porque aquél alude al momento en que la epidemia deja de dominar, de causar estragos; y, como desde el momento en que el contagio se encuentra en su período agudo y terrible hasta el de la total desaparición del azote hay una graduación de intensidad y de energía, el legislador no ha creído pru-

dente establecer *a priori* el instante desde el cual han de hacerse los cálculos, sometiendo la resolución del problema al prudente arbitrio del magistrado.

Estas últimas consideraciones convienen en un todo con nuestra opinión, siguiendo el criterio que expusimos al tratar, en el comentario del art. 701, de cuándo habrá de entenderse por comenzada la epidemia. Todo otro sistema que sobre el particular se adopte es más expuesto á inconvenientes é inexactitudes. El propósito del legislador al permitir testar con menor número de solemnidades en tiempo de epidemia es el de facilitar el ejercicio de ese derecho en circunstancias en que sería de todo punto impracticable seguir las reglas del testamento nuncupativo ó cerrado ordinarios; de lo cual se infiere que cuando esas circunstancias se hayan modificado, dulcificándose el rigor de la epidemia, hasta el punto de no hacer temible el contagio y de permitir á todos los vecinos del pueblo ó del lugar infestado entrar en las condiciones normales de vida, volverán á imperar las reglas también normales que el Derecho para los casos generales ha establecido. El hecho de una sola invasión aislada y de las últimas, cuando no va seguida de otras, que indiquen la idea y certeza del contagio, no contradice la cesación relativa de la epidemia, sobre todo para el objeto del art. 703. Los Tribunales ya apreciarán entonces si, por esa circunstancia, el testador se encontraba en condiciones de poder utilizar los medios de otorgar testamento común, y será lo más probable que, bajo tal supuesto, consideren procedente la anulación del testamento excepcional á que nos venimos refiriendo.

El proyecto de 1882 expresaba como punto de partida para el cómputo de los dos meses el del momento en que se hubiera abierto la comunicación ó el testador hubiera pasado á punto no incomunicado.

Según expresa un tratadista italiano, si antes de transcurrir el plazo de seis meses, con arreglo al Código de su país (entre nosotros el de dos meses), la epidemia volviera á revivir, ese término también se interrumpiría. Si el testador voluntariamente entrase en otro lugar infestado, en el cual durasen más que en el que primero vivía los efectos del contagio, esa interrupción no tendría lugar, porque el legislador, al conceder el uso de una forma testamentaria, no ha sido á ello inducido por causas

subjetivas, sino objetivas, y por esto, cuando éstas subsisten, perdura también el derecho al empleo de aquella determinada forma. No encontramos nosotros, ni dentro del Código italiano ni dentro del nuestro, la manera de conciliar los preceptos legales para hacer viable jurídicamente la teoría de dicho tratadista. El legislador no tiene motivo para negar el privilegio á quien, con la vuelta al lugar contagiado, demuestra valor y da, entre la general depresión de los ánimos, un ejemplo que admirar. Afirmamos que por causas objetivas y no subjetivas ha de resolverse el problema de la procedencia de las formas excepcionales de testar ó de las ordinarias. Lo demás es ya penetrar en el terreno de las minuciosidades y escrúpulos del comentario.

***

Presentación y protocolización de los testamentos otorgados en inminente peligro de muerte ó en tiempo de epidemia.—La parte primera del art. 703 rige viviendo el testador; la segunda tiene ya en cuenta su fallecimiento. Desde que éste ocurra y antes que finalice el plazo de tres meses, ha de presentarse la solicitud pidiendo la elevación á escritura pública y protocolización de los testamentos otorgados durante una enfermedad grave y en período epidémico. Este plazo ya puede computarse de una manera más exacta que el determinado en el apartado primero del citado artículo. Se trata de un punto de partida fijo, cual es el de la muerte, que no puede acreditarse más que documentalmente, por medio del certificado de defunción extendida por el Juzgado municipal correspondiente, y de otro momento también de matemática precisión, cual es el de la iniciación del expediente ante el Juzgado, lo cual se justificará con la nota de presentación que, como ya hemos dicho, ha de extender el Escribano á quien corresponda el reparto de las diligencias previamente hecho por el Secretario de Gobierno de dicho Juzgado. De modo que sobre estos particulares no ha de ocurrir duda alguna. Al que solicite la confirmación ante el Juez de primera instancia correspondiente de los dos testamentos excepcionales de que venimos tratando incumbe la prueba, ó el ofrecimiento de la misma, para acreditar que aquéllos eran procedentes en la ocasión en que fueron otorgados. Si la oposición se hace contenciosa y ha de ventilarse, por tanto, según los trámites

del libro segundo de la ley de Enjuiciamiento civil, entonces el demandante será quien ha de justificar sus extremos y asertos sobre el particular, por el axioma jurídico de «*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*».

Encontramos tan enlazadas y semejantes las materias reguladas en la parte segunda del art. 703 y en el 704, que no podemos menos de englobar su examen en el desarrollo de unas mismas consideraciones. Sorpréndenos grandemente, ante todo, la manera de comenzar el enunciado del segundo de dichos preceptos, «*Los testamentos otorgados sin la autorización de Notario,* etc.»

Pues qué, ¿son estos testamentos distintos de aquellos otros comprendidos en los artículos 702 y 703? ¿Regula el 704 doctrina legal extraña á esos preceptos, hasta el punto de que deba examinarse con separación de los mismos? ¿Es su contexto repetición innecesaria de lo dispuesto en el último párrafo del art. 703? Todas estas dudas nacen de la confusión y perplejidad que nos produce la lectura del art. 704. El párrafo citado alude á testamentos otorgados sin la autorización de Notario, y que por lo mismo deben de elevarse á escritura pública. ¿Habrá quizá otra clase de testamentos, de los regulados en la presente sección ó en otras del Código, que, pudiendo hacerse sin intervención de Notario, sea á los que se refiere el citado art. 704? Ó, por el contrario, ¿éste amplía en otros términos el principio formulado en el final del artículo 703? Sería un absurdo sostener que el testamento nuncupativo normal de los artículos 694 á 696 puede otorgarse sin el funcionario notarial correspondiente, y que pueda bastar la concurrencia de los testigos idóneos, con tal de seguir después el expediente de confirmación judicial en el que se acuerde la definitiva protocolización, porque, según el art. 681, será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se observasen las formalidades respectivamente establecidas. Otro tanto decimos de los testamentos excepcionales del ciego y el sordo. El testamento ológrafo rechaza la presencia del Notario. El cerrado ya cuenta con más determinadas solemnidades características. Los militar, marítimo y hecho en país extranjero tienen, en sus respectivas secciones, previsto el modo de cumplimentar su formalización después de la muerte de los que los otorgaron. ¿Á qué testamentos, pues, se puede referir el art. 704? Indudablemente á los

hechos en tiempo de peste y en peligro inminente de muerte. Y si esto es así, ¿por qué no se ha hecho en él la referencia á los artículos anteriores, para evitar confusiones y dudas? El proyecto de 1851 decía: «Cuando el testamento fuese otorgado sin Escribano *en los casos del art. 572,* etc.»: Estos casos comprendían las mencionadas formas privilegiadas de testar. Así ya se explica la razón de tal precepto. Nuestro art. 704 copió al pie de la letra el 701 del proyecto de 1882, y no sabemos si por esto se habrá producido ese trastorno de ideas, que juzgamos de transcendentales efectos para la inteligencia acertada de los artículos 702, 703 y 704. Renunciamos, pues, á desentrañar el verdadero sentido del último, si no ha de entendérsele cual dejamos expuesto, aun comprendiendo que así saltamos por encima de su construcción gramatical, del lugar en que aparece colocado en el Código y de la manera cómo comienza á ser enunciado.

Confirma nuestro parecer la redacción de los artículos 3.810 del Código mejicano, 790 (§ 2.º) del italiano, 1.036 del chileno, 774 del de Urugüay, 1.094 y siguientes del de Colombia y la opinión del Sr. Navarro Amandi, al explicar en su última obra publicada dicho art. 704 de nuestro Código. Partiendo, por tanto, del supuesto de que el párrafo 3.º del art.703 y el 704 comprenden una misma declaración legal, si bien concebidas en distintos términos y con diversas referencias, pasemos á examinarla.

No es nuevo en nuestro Derecho el principio de que todo testestamento no autorizado por Notario necesita ser confirmado por alguna autoridad, que le dé carácter auténtico y toda la fuerza y eficacia obligatoria necesarias.

Ya vimos que, según el *Fuero Juzgo,* el Obispo ó el Juez recibían el juramento y declaración de los testigos que habían asistido á la manifestación de la última voluntad, en las cuatro formas de testar que introdujo dicha legislación. Por el Derecho de Partidas la confirmación se exigía cuando el testamento se había otorgado «*paladinamente*», sin escritura.

Introducido el organismo notarial, era de todo rigor suplir su intervención, cuando no fuera posible conseguirla, en excepcionales y anormales circunstancias de la vida. El proyecto de Código de 1851 estatuía que en los casos de que venimos ocupándonos, si el testador muriere dentro del plazo de dos meses desde que testó, el Juez haría constar, ante todo, la muerte de

dicha persona y enseguida examinaría los testigos del testamento acerca de su otorgamiento y disposiciones; los testigos depondrían además sobre el día y hora, poco más ó menos, en que fué otorgada la última voluntad y sobre el peligro en que á la sazón se encontraba el testador. Resultando de las declaraciones conformes de los testigos la legitimidad del otorgamiento, el Juez lo declararía testamento nuncupativo, mandando que, como tal, se observase y cumpliese, y que se protocolizasen los autos en los registros de escrituras públicas del Escribano actuario, dándose á los interesados las copias y testimonios convenientes, de manera que hiciesen fe.

Muy análogo es este procedimiento al que se refiere el art. 704, comprendido en el *tít. VI, libro III* de la ley vigente sobre Enjuiciamiento civil.

El Tribunal competente ante el cual ha de presentarse la instancia que dé origen al expediente de jurisdicción voluntaria, lo determina el art. 63, regla 22 de la referida ley procesal, que confirma, á su vez, el 309, regla 15, de la ley orgánica provisiona- sobre el Poder judicial, según los cuales, en las diligencias para elevar á escritura pública los testamentos otorgados verbalmente ó los escritos sin intervención de Notario público, será Juez competente el del lugar en que se hubiesen otorgado respectivamente dichos documentos. Y ya anteriormente la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Agosto de 1859 había declarado terminantemente que la protocolización de un testamento es un acto de jurisdicción voluntaria, cuyo conocimiento corresponde á los Juzgados civiles ordinarios.

Según los artículos 1.943 y 1.944 de la ley adjetiva civil, á instancia de parte legítima podrá elevarse á escritura pública el testamento hecho de palabra, considerando con tal personalidad el que tuviere interés en el testamento, al que hubiere recibido en él cualquier encargo del testador y al que, con arreglo á las leyes, pueda representar con poder á cualquiera de los que se encuentran en dichas circunstancias. El primero y el segundo caso podrá resolverlos el Juez, teniendo á la vista el mismo testamento, según las consideraciones que en la instancia inicial le exponga el solicitante. La tercer condición deberá resultar acreditada del poder otorgado ó sustituído á favor de la persona que en aquel acto acuda al Juzgado respectivo, y sin cuyo requisito

no es posible dar curso alguno á las diligencias cuando se promuevan en tal forma, teniendo presente además el art. 2.º de la expresada ley, declaratorio de que sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles; por los que no se hallan en este caso sus representantes legítimos ó los que deban suplir su incapacidad con arreglo á derecho; por las Corporaciones, Sociedades y demás entidades jurídicas, comparecerán las personas que legalmente las representen. El art. 4.º exceptúa de la intervención de Procurador los actos de jurisdicción voluntaria, como es el de que estamos tratando.

¿Tendrán personalidad en tal sentido los acreedores testamentarios y el heredero *ab-intestato* aunque éste no figure designado en el testamento? El distinguido comentarista de la ley procesal Sr. Manresa sostiene, en cuanto á los primeros, que han de ser *reconocidos* por el testador para que puedan fundadamente solicitar la promoción del expediente, porque los no reconocidos no derivan su derecho del testamento ni lo justifican con él, sino del convenio con el difunto, y pueden ejercitarlo contra la herencia, ya sea testada ó intestada, concediéndoles la ley la facultad de intervenir en las operaciones de la misma para asegurarlo; y respecto al heredero *ab-intestato*, éste es el que ha de dar cumplimiento al testamento, cuyo deber de conciencia debe llenar, aunque le perjudique en sus intereses, por lo cual ostenta la expresada personalidad. Encontramos tan fundadas estas opiniones, que las hacemos nuestras por completo.

El final del art. 703 autoriza la elevación á escritura pública de los testamentos regulados por los artículos 700 y 701, ya se hayan manifestado verbalmente ó ya por escrito; lo cual guarda conformidad con lo dispuesto en el art. 702, que no exige como indispensable la condición de la redacción escrita para la validez de dichos privilegiados testamentos, y con los artículos 1.945 y 1.952 de la ley de Enjuiciamiento civil, según los cuales, si al otorgarse el testamento de palabra se hubiera tomado nota ó apunte de las disposiciones del testador, se presentará con la solicitud dicha nota ó memoria, y si se hubiere consignado la última voluntad en alguna cédula ó papel privado, éste se pondrá de manifiesto á los testigos para que digan si es la misma que se les leyó y si reconocen por legítimas sus respectivas firmas y rúbricas, en el caso de haberlas puesto.

Cuando la manifestación testamentaria se hubiera hecho oralmente, en la solicitud inicial cuidará el recurrente de enunciar separadamente los diversos extremos que comprendan las declaraciones del testador, para que, á tenor de los mismos, y á fin de proceder con mayores método y claridad, puedan ser examinados los testigos.

Ténganse presentes muchas de las observaciones expuestas en el comentario referente á la parte adjetiva del testamento ológrafo, aplicables al caso actual, sobre todo en lo relativo á las reglas que deben tenerse en cuenta al redactar la solicitud que ha de iniciar el expediente de jurisdicción voluntaria. El que promueva éste habrá de indicar los nombres, apellidos, vecindad y, en su caso, residencia de los testigos que intervinieron en el testamento, no olvidándose de expresar si se presentarán voluntariamente en el Juzgado, ó si desea que sean citados judicialmente; manifestará el nombre del Notario, cuando éste haya intervenido, y no elevado por sí mismo el testamento á escritura pública; por último, el solicitante aludirá al número del artículo 1.944 de la ley procesal, con arreglo al cual insta tales diligencias, para que sepa el Juez qué clase de interés legítimo le mueve, y á fin de fundar en esta manifestación y en el estudio de los documentos presentados el acuerdo que estime más justo. Si denegara la pretensión, por no conceptuar con personalidad debida al que firma el escrito, debe dictar su resolución en forma de un auto, fundándolo en razonamientos. De ese auto, y á los efectos del art. 377 de la expresada ley (inserto en el libro I de la misma, que comprende disposiciones comunes á las jurisdicciones contenciosa y voluntaria), dicho interesado podrá pedir reposición dentro de cinco días; prescindiéndose de la tramitación indicada en los artículos 378 y 379 siguientes, porque en el caso sobre que discurrimos no hay parte contraria, á no ser que alguna se personara y figurara en ese estado del expediente, para lo que le faculta el art. 1.813 de la misma ley. Según el 380, contra el auto resolutorio del recurso de reposición referido, podrá la supuesta parte legítima apelar dentro de tercero día ante la Sala de lo civil del territorio, con sujeción á los trámites de los siguientes preceptos.

El Juez, si estima bastante la personalidad del que promueve el expediente, dictará (según el art. 1.946) providencia mandando

comparecer á los testigos y al Notario, en su caso, en el día y hora que señale, bajo apercibimiento de multa y de las demás correcciones que la desobediencia haga necesarias.

Si los testigos no comparecieran todos en el día señalado, se suspenderá el acto, porque como tanto ellos como el Notario han de ser examinados separadamente y de modo que no tengan conocimiento de lo declarado por los que les hayan precedido, esta precaución sería inútil y quedaría incumplida si se permitiera á unos y otros declarar en distintos días. Por esto convendrá que el actuario extienda el día señalado para la información testifical, una diligencia, en la que manifieste si se hallan ó no en el local del Juzgado dichos Notario y todos los testigos, para proceder, en el primer caso, á su examen separado, y para fundar, si ocurre lo segundo, la providencia de suspensión del acto y nuevo señalamiento; en cuyo acuerdo también se ordenará hacer efectiva la multa y la conminación al desobediente ó desobedientes con mayor corrección, si reincide en la falta. No se seguirá este procedimiento cuando algún testigo deje de comparecer por hallarse impedido ó enfermo; entonces el Juez esperará á que el promotor de las diligencias pida que se traslade el Juzgado á la casa del enfermo para recibirle declaración acto continuo de haber sido examinados los demás testigos, y si alguno de éstos estuviere ausente del partido judicial, también podrá dicho promotor pedir que se le examine por medio de exhorto dirigido al Juez del pueblo de su residencia actual. Toda ésta es doctrina legal que deducimos del examen de los artículos 1.946 á 1.949 de la ley procesal.

Deberá acreditarse, según los artículos 1.950 y 1.951, si no constare por notoriedad, la calidad del Notario del otorgamiento en los casos en que hubiere concurrido; y también, bajo la responsabilidad del Juez, la edad de los testigos y el lugar en que tuvieren su vecindad al otorgarse el testamento. Igualmente el actuario, en el preámbulo de las declaraciones, dará fe de conocerlos, exigiendo, en caso contrario, la presentación de dos testigos de conocimiento. La edad se acreditará según el dicho de los mismos que van á declarar, y la vecindad del propio modo ó con arreglo á su cédula personal, si rige todavía la correspondiente al período en que intervinieron en el testamento, y no han variado de domicilio al prestar la declaración.

Según los artículos 1.953 y 1.954, resultando clara y terminantemente de las declaraciones de los testigos que el testador tuvo el propósito serio y deliberado de otorgar su última disposición; que aquéllos, y el Notario en su caso, han oído simultáneamente de boca del testador todas las disposiciones que quería se tuviesen como su última voluntad, bien lo manifestase de palabra, bien leyendo ó dando á leer alguna nota ó memoria en que se contuviere; que los testigos fueron en el número que exige la ley, según las circunstancias de lugar y tiempo en que se otorgó; y que reúnen las cualidades que se requieren para ser testigos testamentarios, el Juez declarará testamento lo que de dichas declaraciones resulte, con la calidad de sin perjuicio de tercero, y mandará protocolizar el expediente. Si, por el contrario, resultase alguna divergencia en las declaraciones de los testigos, el Juez aprobará como testamento aquello en que todos estuvieran conformes; y cuando la última voluntad se hubiere consignado en cédula, se tendrá como testamento lo que de ella resulte, siempre que todos los testigos estén conformes en que es el mismo papel que se escribió ó presentó en el acto del otorgamiento, aun cuando alguno de ellos no recuerde cualquiera de sus disposiciones.

Pero, ¿ha de tener el Juez sólo en cuenta, al aprobar ó desaprobar el expediente, lo dispuesto en dichos artículos 1.953 y 1.954? ¿No le han de obligar igualmente otras prescripciones del Derecho civil? Indudable nos parece. Habrá de cuidarse:

Primero. De si han transcurrido los dos meses á contar desde que el testador salió del peligro inminente de muerte ó cesó la epidemia.

Segundo. De si pasaron ó no tres meses después del fallecimiento del testador al tiempo de incoarse las diligencias ante el Juzgado, según ya dijimos anteriormente.

Tercero. De si se cumplieron los trámites prescritos en el *título IV*, *libro III* de la ley de Enjuiciamiento civil á que venimos refiriéndonos.

Cuarto. De si se han observado con arreglo al Código civil todas las solemnidades testamentarias que no cita el expresado artículo 1.953.

Aun cuando la elevación á escritura pública y consiguiente protocolización han de hacerse sin perjuicio de tercero, es decir,

reservando al que se considere verdaderamente perjudicado su derecho, para que lo haga valer en el juicio declarativo que corresponda, si al Juez, aun en diligencias de jurisdicción voluntaria, se le otorgan las facultades á que hace referencia la ley procesal, mucho mejor podrán concedérsele las que son causa y precedentes de las mismas y que se relacionan con la fiel observancia de una ley sustantiva, que empieza primero señalando sus obligaciones al Notario ó á los testigos cuando éstos intervienen solos.

Los autos que pongan término al expediente, según las enseñanzas que se deducen comparando los artículos 382 y 1.818 (§ 2.º) de la ley de Enjuiciamiento, son apelables dentro de cinco días y en ambos efectos, siempre que ejercite el recurso el que hubiese promovido el expediente (art. 1.819); pues si lo ejercitan los que hayan venido al mismo llamados por el Juez ó para oponerse á la solicitud que haya dado motivo á la formación de las diligencias, dicha apelación se admitirá simplemente en un solo efecto. El recurso ha de tramitarse por las reglas de los que se entablen en los incidentes, los cuales se contienen en la *Sección 3.ª, tít. VI, libro II* de la tan citada ley adjetiva. Contra las sentencias que dictaren las Audiencias en esta clase de expedientes se dará el recurso de casación, sin que aquéllos puedan acumularse á ningún juicio de jurisdicción contenciosa (artículos 1.920 á 1.924).

Respecto á la protocolización del testamento, recuérdese lo que tenemos expuesto al ocuparnos de la del testamento ológrafo, como también lo que hubimos de manifestar respecto á la contradicción observada entre el art. 1.955 de la ley procesal y el 76 del Reglamento del Notariado; contradicción que se hace más evidente al tratar del testamento abierto, puesto que, respecto al ológrafo, ya dijimos que el Código civil, ley posterior y ley sustantiva, creadora de un organismo nuevo, de una forma de testar antes no conocida, ya exige que la protocolización se hará en los registros del Notario correspondiente, aludiendo á lo que dispone la legislación notarial.

En el testamento público, la ley de enjuiciar estatuye que dicho acto se practique en los registros del Notario de la cabeza del partido; y si hubiera más de uno, en el que designe el Juez. El Reglamento del Notariado (anterior á dicha ley) concede esa fa-

cultad á los mismos interesados, lo cual nos explicamos mejor, por ser la custodia de documentos notariales misión de confianza, que importa principalmente á los que en ellos tienen la salvaguardia de sus derechos; no atribuyéndose esa facultad á la autoridad judicial, sino cuando existe divergencia sobre el particular entre dichos interesados, estableciendo entonces el Juez un turno, de acuerdo con el Decano del Colegio de Notarios ó del Subdelegado del distrito notarial, si el primero no reside en capital de provincia.

Ya que el art. 1.955 de la ley de Enjuiciamiento civil otorga medios al Juez para que, sin infringirlo, pueda seguir los principios más racionales, que son indudablemente los del Reglamento Notarial, nosotros aconsejamos á aquél practique lo que sin inconveniente alguno haríamos si nos halláramos en igual caso, ó sea designar el registro del Notario en que se haya de practicar la protocolización, como final de la parte dispositiva del auto que ponga término al expediente, pero siguiendo siempre las indicaciones de la que figure en el concepto de parte legítima y únicamente procediendo por cuenta propia como ordena el art. 76 del Reglamento del Notariado, cuando no se hubiere hecho indicación alguna sobre el particular ó resultara desacuerdo entre los interesados en el expediente.

***

En el Derecho foral encontramos un procedimiento de significación igual al que acabamos de examinar y de tramitación muy semejante. En Aragón es regla del *Fuero* y de las *Observancias* que el testamento hecho ante el párroco y los testigos requiere para ser eficaz, su elevación á escritura pública, por medio de la llamada *adveración;* y según expediente que ha de tramitarse hoy con arreglo á la Real orden de 4 de Febrero de 1867.

Las principales disposiciones de ésta ordenan que dicha solemnidad se practicará con las formalidades establecidas por los Fueros de Aragón, ante el Juez de primera instancia correspondiente; y si ha de verificarse fuera de la cabeza del partido, dicho Juez podrá dar comisión al municipal del lugar en que se hubiere otorgado testamento para que, por delegación, instruya el expediente con intervención del Escribano de actuaciones; no podrá llevarse

á efecto dicha adveración sino á instancia de parte legítima, reputándose tal la que determina la ley de Enjuiciamiento civil.

Hecha la solicitud, si el Juez la estima procedente, acordará que se constituya el Juzgado á la puerta de la Iglesia parroquial para llevar á efecto la adveración, mandando citar previamente al párroco y testigos, á fin de que concurran con la cédula testamentaria, si hubiere sido presentada: El acto de la adveración se verificará según las solemnidades y en la forma prevenida por los Fueros y por la costumbre, dando fe el Escribano del conocimiento de dichos párroco y testigos, y de la calidad de aquél, y si no por medio de testigos de conocimiento.

Resultando del acta de adveración, según los trámites expresados, las circunstancias que ya dijimos mencionaba la ley procesal en su art. 1.953, el Juez hará la declaración prevenida en el mismo, mandando protocolizar el testamento.

Por último, los Registradores de la propiedad admitirán á inscripción los testamentos hechos hasta la fecha de la citada Real orden, así los adverados con arreglo al Fuero Aragonés y según la práctica antigua, como los elevados á escritura pública sin esa solemnidad foral, con arreglo á las prescripciones de la ley de Enjuiciamiento civil, siempre que concurran los demás requisitos prevenidos; entendiéndose todo sin perjuicio de las cuestiones que ante los Tribunales competentes puedan promover los interesados sobre la validez ó nulidad de los testamentos. Esta última importante declaración se formula por ser necesaria, según dijimos, en toda clase de expedientes de jurisdicción voluntaria; pero más principalmente en los de adveración del Fuero Aragonés, porque, según éste, á pesar de tal solemnidad, puede el testamento ser redargüido de falso; si bien cuando esto suceda deberá volver á ser confirmado ó *ser adverado*, leyéndose á la puerta de la Iglesia á presencia de quien lo hubiera impugnado, de la justicia y de los hombres buenos del lugar; enseguida, los testigos que fueron del otorgamiento testificarán y jurarán que lo que se acaba de leer es la verdadera disposición del testador, con lo cual quedará firme el testamento para siempre.

Para el acto de la adveración no hay necesidad de citar á los herederos *ab intestato,* si bien sería conveniente, á fin de evitar futuras y posibles reclamaciones; y aunque los preceptos forales no marcan plazo para solicitar la práctica de dicha solemnidad,

aconsejan los autores, y así se deduce del *Fuero*, que se haga cuanto antes para evitar el que, muriendo el párroco ó testigos, no pueda adverarse el testamento, ya que en ese acto ha de ser necesaria la presencia de todos.

Habiéndose ofrecido dudas acerca de si en todos los casos la adveración se practicaría según las reglas de la ley de Enjuiciamiento civil ó las del *Fuero*, las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Septiembre de 1863 y 25 de Octubre de 1861, en apoyo de las cuales se halla la Real orden de 31 de Octubre de 1864, declararon que los testamentos otorgados con arreglo al *Fuero* deben adverarse también según éste (hoy por la Real orden de 4 de Febrero de 1867, que ya expusimos), y que son aplicables las disposiciones del *tít. VI, libro tercero* de la ley Procesal civil á los hechos verbalmente ante el número de testigos que previene la *Ley recopilada 1.ª, tít. XVIII, libro X.*

En Navarra se exige el llamado *abonimiento* ó *abonamiento* para aquellos testamentos otorgados ante el párroco ú otro clérigo y dos testigos, ó ante tres testigos solamente. Los que no vayan acompañados de esa solemnidad carecen de todo valor y eficacia. La *ley 9.ª, tít. XIII, libro III de la Novísima Recopilación Navarra* dispone que el abonimiento se haga dentro de un año, á contar desde la muerte del testador, ante el Juez de primera instancia, el cual, antes de admitir la correspondiente solicitud, y después de recibidas las declaraciones del cura, clérigo ó testigos, ha de oir á los interesados *ab-intestato;* si éstos se oponen, se sigue juicio, que terminará por sentencia, y siendo favorable, se manda elevar á escritura pública el testamento.

En Cataluña ya sabemos, por lo que hemos expuesto en otra parte, que el testamento denominado *sacramental* se *advera* jurando los testigos que en él intervinieron dentro de seis meses desde que estuvieron en Barcelona, en la iglesia de San Justo, sobre el altar de San Félix Mártir, presente el Notario que autorizara tal testamento ú otras personas que así lo vieron ú oyéronla escribir ó decir, según se contiene en escritura ó última voluntad verbalmente explicada por el testador. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Enero de 1882 declara que cuando dichos testamentos se otorgan por escrito, no basta que los testigos que en ellos intervienen juren haber visto al testador escribir un documento, en el cual dijo que consignaba su última volun-

tad, sino que se requiere, como circunstancia esencial, que juren que así lo vieron escribir, como en dicho documento se contiene. Los demás testamentos especiales en que no intervenga Notario habrán de elevarse á escritura pública según las prescripciones aplicables de la ley de Enjuiciamiento civil.

Por último, en el territorio de Vizcaya, tratándose del testamento hecho ante dos hombres y una mujer de buena fama, es preciso, si ha de dársele fe y tener la debida eficacia, según el *Fuero*, que en el término fatal de sesenta días, á contar desde la muerte del testador, los testigos se ratifiquen ante la presencia judicial y el testamento sea elevado á instrumento público ante la jurisdicción ordinaria, según los trámites que prescribe la ley adjetiva común. Ese plazo regirá cuando el heredero y los testigos residan en el Señorío, pues si se hallan ausentes, la parte interesada puede acudir al Tribunal haciendo valer tal circunstancia. Si consigue probarla, así como también que los testigos se hallaban en la tierra cuando se formalizó la última voluntad, obtendrá prórroga del plazo para la presentación de los mismos.



Toda clase de testamentos abiertos, después de protocolizados en el archivo del Notario que corresponda, han de ser anotados en los registros particulares de actos de última voluntad que se llevarán en los Colegios notariales de la Península é Islas adyacentes, los cuales se hallan en relación directa con el general existente en la Dirección de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado, según las prescripciones del Real decreto de 19 de Febrero de 1891 y circular de 23 del mismo mes y año. A ese efecto, los Notarios y Curas párrocos remitirán, dentro de tercero día, á contar desde el otorgamiento ó protocolización, al Decano del respectivo colegio notarial una comunicación en la que, por párrafos separados y numerados, se consignen los nombres y apellidos del testador, su naturaleza, vecindad, domicilio y estado, los nombres y apellidos de sus padres, los del Notario autorizante, la población en que se otorgó el testamento y demás observaciones que se crean necesarias. Esos Registros serán reservados y se llevarán bajo la responsabilidad é inspección del personal al efecto destinado en la expresada Dirección y Decanatos de los Colegios notariales.

ART. 705. Declarado nulo el testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecida para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, ó de negligencia ó ignorancia inexcusables.

Concordancias.—Análogo al art. 702 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Ya en otro comentario sobre testamentos hemos tratado con alguna detención de la procedencia de su nulidad cuando realmente se hubiere quebrantado requisito ó formalidad de los previstos por el Código, que afecten á motivos esenciales ó impliquen medios de garantir y asegurar la autenticidad de la institución testamentaria, y no por la simple omisión de insignificantes detalles ó solemnidades. Al examinar el art. 687 también indicamos cómo podría llegar fácilmente á conseguirse la nulidad de un testamento y las consecuencias que esta declaración produciría en los distintos órdenes á que afectan los intereses perjudicados por la declaración judicial correspondiente. En el presente momento demos ya por establecida la nulidad y partamos de su existencia, elevada por los Tribunales á la categoría y autoridad de *cosa juzgada*.

Prevista solamente en la ley Hipotecaria vigente y en la Instrucción de 9 de Noviembre de 1874 sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, la responsabilidad del Notario por el dolo ó culpa en que incurriere, era de necesidad que el Código civil, con carácter de mayor amplitud, y tratando concretamente de la materia de testamentos, que ya sabemos no está siempre sometida á la legislación notarial, marcara la norma ó principio á que, en cuestión de tal entidad, debíamos todos atenernos. El párrafo final del art. 9.° de dicha Instrucción dice, en efecto, que cuando el acto ó contrato deje de inscribirse por alguna omisión ó inexactitud padecida por culpa ó dolo del Notario autorizante, éste subsanará la falta, ex-

tendiendo á su costa una nueva escritura, si fuese posible, é indemnizando, en todo caso, á los interesados de los perjuicios que les hubiere ocasionado, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la ley Hipotecaria. Esta disposición no satisfacía indudablemente el objeto á que tiende nuestro art. 705; y, en esa creencia, el legislador empezó á reconocerlo así en el proyecto de 1882, cuyo art. 702 declara que será nulo el testamento en que no se hayan observado las solemnidades que quedan establecidas para cada caso; y si hubiere intervenido Notario, el mismo será responsable de los daños y perjuicios. Esta misma idea apareció reflejada en la primera edición del presente Código, cuyo artículo 705 disponía que, declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que le hubiese autorizado respondería de los daños y perjucios que sobreviniesen. Pareció este precepto un poco duro y deprimente para la dignidad notarial; y así se hizo efectivamente ver durante la discusión del Código en las Cortes; merced á las cuales, y por virtud de los razonamientos empleados en el Senado por el reputado tratadista D. Luis Silvela, se añadió en la edición que hoy está vigente esa aclaración final, que es la que marca el verdadero sentido del art. 705.

En efecto: hubo de estimarse que hacer responsable al Notario de todos los motivos generadores de la nulidad de la disposición testamentaria, y mucho más obligarle á indemnizar los perjuicios que por ese hecho se hubiesen ocasionado á los favorecidos por el testador, era sumamente violento é injusto. Y mucho más, existiendo otros preceptos que reducían á términos más racionales y reales la intervención del Notario en las últimas voluntades. Este funcionario no asegura ya, ni podría asegurarlo aunque tuviera medios y contara con conocimientos científicos para ello, la capacidad legal del testador en el momento de testar; hará tal manifestación siempre que deba hacerla, *«á su juicio»*, esto es, según su opinión, su entender profano, y, como ya también hemos expuesto, esa afirmación podrá en lo futuro ser dejada sin efecto por la sentencia del Juez que se apoye en un dictamen facultativo más exacto, y, por lo tanto, de mayor credibilidad que el del Notario. Según la anterior edición del Código, en ese caso habría lugar á exigir, por lo menos, responsabilidad civil á dicho Notario; lo cual pugna con toda recta noción jurídica,

Examinemos otro caso: Si el testador, conociendo y practicando la escritura, manifiesta que no firma el testamento por no saber escribir, el Notario debe guiarse por esta última manifestación, que es la única que le importa y la que ha de consignar en el cuerpo de la disposición testamentaria, porque en las intenciones del testador y en actos y circunstancias extraños á las declaraciones que espontáneamente se hacen durante el otorgamiento de las últimas voluntades, no es necesario que se fije ni que las tome para nada en cuenta. Impugnado ese testamento por la falsedad que envolviese el dicho del testador de no saber escribir, y acreditado plenamente que aquél podía y sabía entonces firmar, dicho testamento también se anularía; pero á pesar de la generalidad y contexto terminante de la redacción anterior del art. 705 del Código, sería hasta inhumano hacer culpable al Notario de hechos que él no había podido evitar, y cuyas consecuencias, por tanto, era injusto que le alcanzasen. Es muy equitativo y natural el principio de que el que ha causado un daño indemnice de sus resultados á quien lo sufre y le perjudica; pero en los ejemplos citados, y en otros muchos más que pudieran añadirse, el Notario en ningún modo es autor, ni en lo más mínimo causante de la nulidad del testamento, y, por lo mismo, ni subsidiariamente debe afectarle una responsabilidad que, contra todo derecho, seguramente le alcanzaría si no se hubieran modificado los términos del art. 705.

El Notario indemnizará siempre que se pruebe que al autorizar el testamento sin las solemnidades debidas, procedió con malicia, negligencia ó ignorancia inexcusables; ideas estas últimas contrarias en significación á las de inculpabilidad é inocencia, en cuyo sentido ya pueden comprenderse la justicia y procedencia de la disposición del art. 705.

La malicia equivale al grado mayor de la culpabilidad dentro de la gradación establecida por dicho precepto; arguye propósito criminal, y, por lo mismo, no podría dar lugar á responsabilidad en este orden, además de la civil, teniéndose presente que, según el art. 1.° de la ley de 28 de Mayo de 1862 sobre constitución del Notariado, el Notario es el *funcionario público* autorizado para dar fe, conforme á las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales; de suerte que al autorizar con malicia un testamento nulo, podría incurrir en la comisión de un delito ó delitos de di-

versa naturaleza, según los actos que ejecutare; pero siempre con la expresada significación de proceder como funcionario público, lo cual agravaría, indudablemente, la responsabilidad.

La negligencia implica descuido, omisión de la diligencia que se exige principalmente en el ejercicio de un cargo de tal entidad y transcendencia como lo es el notarial. Adviértase que el calificativo de «*inexcusables*» con que termina el artículo se refiere, no solamente á la ignorancia, sino también á la negligencia y á la malicia, lo que deberá tenerse muy presente para no estimar cualquier caso de aquéllas, productor de responsabilidad por daños y perjuicios. La malicia, negligencia é ignorancia han de ser de las que no pueden excusarse, de las que no admiten disculpa de ningún género. Tal sucedería con la omisión de la fecha del testamento, con la falta de la firma de un testigo que supiera firmar, etc.

La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento á ningún ciudadano español, y mucho menos al funcionario á quien al obtener el título notarial ha de acreditar haber cursado los estudios que constituyen esa carrera, con arreglo á las leyes ó Reglamentos de Instrucción pública, ó ser Abogado. Esa consideración sube de punto si se hace observar que el Notario, por necesidad, ha de hallarse especialmente versado en todo lo legislado sobre solemnidades testamentarias, por constituir una de las más frecuentes y graves ocupaciones de su cargo el autorizar las últimas voluntades; siendo, pues, imperdonable, *inexcusable* que se muestre desconocedor de requisitos que casi diariamente está en la obligación de cumplir y aplicar.

La apreciación de la entidad, tanto de la malicia, negligencia ó ignorancia que se suponen existentes, como de su excusabilidad ó inexcusabilidad, corresponde á la Sala sentenciadora que entienda en el litigio donde se ventile la validez ó nulidad del testamento. Es cuestión de puro hecho, como sostiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al referirse á la culpa, negligencia ó dolo, que han de intervenir en las obligaciones ó contratos para producir su ineficacia y la indemnización consiguiente de daños y perjuicios.

La responsabilidad civil podrá exigirse, ó en el mismo pleito en que se deduzca la acción de nulidad del testamento abierto, siempre que el Notario aparezca debidamente emplazado y en condiciones de comparecer en el juicio, ó en reclamación litigiosa,

distinta, posterior y consecuencia del fallo judicial que haya decidido dicha nulidad; porque es condición precisa que á todo reo, á todo demandado, ha de oírseles en juicio, para que puedan afectarles en su día los resultados de la contienda judicial.

La acción de daños y perjuicios, como acción eminentemente personal, que ha de ser dirigida de modo exclusivo contra la persona que, en calidad de Notario, autorizó la disposición testamentaria de que se trata, ha de ejercitarse dentro de cinco años con arreglo al art. 1.964 del Código, y á contar desde la declaración de nulidad, puesto que el comienzo del art. 705 hace nacer de ese momento la procedencia de la responsabilidad por daños y perjuicios en que se supone que ha incurrido el Notario, por la malicia, ignorancia ó negligencia con que procedió.

Dicha acción la han de formular quienes tengan la consideración de parte legítima para promover el correspondiente litigio, porque esos daños y perjuicios recaerán sobre los interesados en el testamento que, debiendo percibir, supuesta la subsistencia de aquél, una cuota hereditaria, no llegan á percibirla por haberse anulado ó desvanecido el título en que descansaba su derecho. Tal sucedería con el legatario, con el heredero nombrado en la parte de libre disposición, que, mediante dicha nulidad, perdieran por entero esas cualidades, por haberse de deferir la herencia á los herederos legítimos, según las reglas de la sucesión *ab-intestato*. Y consideramos equivalentes los conceptos de «*parte legítima*» y de «*perjudicados*», porque se trata de daños y perjuicios, y éstos sólo han de recaer en personas á quienes sea gravosa la desaparición legal del testamento, y á quienes precisamente ha de indemnizar el Notario. No se ha de olvidar que, según el art. 1.106 del Código, el daño supone la pérdida que se haya sufrido, y el perjuicio, la ganancia que se haya dejado de obtener.

En los testamentos en que no intervenga Notario, parece que no debe exigirse responsabilidad ni indemnización de daños y perjuicios á nadie, porque el art. 705 no se refiere más que á dicho funcionario. Sin embargo, á los que testifiquen en los testamentos otorgados en tiempo de epidemia ó en inminente peligro de muerte y demás excepcionales si no les alcanza la prescripción de dicho artículo, les comprende la del 1.902, si el testamento se anula por culpa ó negligencia de los mismos.

* * *

El Código ha relevado al Notario de una grave obligación que el art. 703 del proyecto de 1882 le imponía, ó sea la de poner en conocimiento de alguno de los principales interesados ó del Juez la autorización del testamento abierto en que intervino, luego que sepa la muerte del testador, siendo responsable de los daños y perjuicios si no lo verificase dentro de los diez días siguientes, y debiendo dar la noticia, cuando los interesados se hallaren ausentes ó fuesen desconocidos, al Juez de primera instancia por medio de oficio. Una prescripción análoga á esta sólo la hallamos en la sección que regula el testamento cerrado. Ignoramos el motivo de la supresión de ese precepto en nuestro Código; á no ser que obedezca á que, siendo abierto el testamento, y por tanto público, todos pueden de él tener conocimiento, y los mismos testigos representan en ese sentido á la sociedad, que se supone queda ya enterada de lo que el testador ha dispuesto como última voluntad en orden á su herencia.

SECCIÓN SEXTA

Del testamento cerrado.

Defínese el testamento cerrado diciendo que es aquel en que el testador, sin revelar su última voluntad, declara que se halla contenida en el pliego que presenta á las personas que han de autorizar el acto; así se expresa el art. 680 del Código. Tal forma de testar, como común y ordinaria, se estudia por el legislador á continuación de la pública ó abierta y de la ológrafa, para amoldarse de ese modo á todas las necesidades y exigencias del testador, facilitándole, con la previsión de las diversas circunstancias en que puede encontrarse al dictar su última voluntad, los medios hacederos á tal fin conducentes. Ese testamento, ya hemos dicho en otra parte que más exactamente debe denominarse secreto, aunque á esta significación tiende por sí mismo

el epíteto de "*cerrado*", que emplea el Código, pues se contrapone en absoluto al público, y es su verdadero reverso.

Cuando analicemos los artículos de que se compone esta sección sexta, comprobaremos los puntos de contacto que tiene el testamento secreto con el ológrafo, si bien no se corresponden paralelamente, porque al uno le es indiferente que se le mantenga secreto ó público, y el otro indispensablemente ha de reunir el primero de estos caracteres. En el ológrafo es requisito *sine qua non* el de estar todo él escrito por la misma mano del testador, mientras que en la forma cerrada, importa poco que la escritura sea obra de aquél ó de una tercera persona, que haga por él las veces de amanuense; lo esencial es que dicha escritura se presente cerrada y reservada á los que han de autorizar el acto. Excepto esa diferencia, en lo demás ambas formas de testar tienen verdaderos puntos de contacto, porque en las dos el testador no está sujeto á ninguna limitación legal de forma ó de fondo, más que las previstas para todos los casos generales por el legislador. A solas con su conciencia y ante el papel en que ha de exteriorizar sus pensamientos, no tiene que contar con ninguna otra persona, ni estar sometido á ninguna otra exigencia ni limitación de tiempo y atribuciones, más que las que le inspire su propia y omnímoda voluntad.

Así comprendido el testamento cerrado, aunque no con tan rigurosa precisión de términos en su concepto, tuvo su perfecta existencia legal en el Derecho romano, donde ya sabemos que la forma escrita se contraponía á la nuncupativa ó hablada. Sin embargo, el testamento escrito no era siempre secreto; dependía esta circuns-

tancia de la voluntad del testador. Éste podía escribir por sí mismo su última voluntad, aunque no estuviera por él firmada (esto se denominaba *testamentum holographum*) ó mandar á otro que en su lugar la escribiese (*testamentum allographum*). Si el testador deseaba que permanecieran públicas sus disposiciones, manifestaba su voluntad ante los testigos y éstos firmaban á continuación del pliego y ponían en él sus sellos; si, por el contrario, el testador pretendía que se mantuviesen secretas sus declaraciones, presentaba el testamento cerrado á los testigos, diciéndoles que el contenido del pliego era su última voluntad y que estaba escrita por su propia mano ó por la de otro (lo mismo que hoy se exige por el Código, como ya veremos); cerrado el pliego, ponía en él en seguida su firma, y después las suyas respectivas los testigos, además de sus sellos; para esta forma de testar se requería un octavo testigo, cuando el testador no sabía ó no podía firmar. Así lo da á entender el párrafo inicial de la *ley 21, tít. XXIII libro sexto del Código romano.*

El jurisconsulto italiano Vittore Vitali, en su curiosa monografía *Del testamento secreto*, sostiene que el origen de éste procede de las Doce Tablas; el testador, primeramente escribía el nombre del heredero y todas las disposiciones testamentarias; después cerraba con sigilo y por medio de cordoncitos las tablas del testamento, y teniéndolas entre sus manos, pronunciaba las palabras sacramentales que ya referimos en otra parte: *haec, ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt ita do, ita lego ita testor, itaque, vos quirites, testimonium mihi perhibetote*. Las personas nobles ó revestidas de alta dignidad raramente hacían uso del testamento público,

deseando tener mientras vivieren oculta su última voluntad; por cuyo motivo empleaban el testamento secreto ó cerrado.

Ningún vestigio de él encontramos en el *Fuero Juzgo* ni en los *Fueros municipales*, lo cual no deja de extrañarnos, si bien no negamos que, examinada la famosa *ley 11, tít. V, libro II* del primero de dichos Cuerpos legales (reguladora, en general, de casi toda la materia testamentaria del *Fuero Juzgo)*, bien podría también, con arreglo á ella, testarse en la forma secreta, del propio modo que en la nuncupativa ó pública.

En la legislación del Rey Sabio no encontramos perfectamente deslindado, como modelo de testamento separado y distinto del nuncupativo, el secreto ó cerrado. Valiéndose de las propias solemnidades por las que se otorga aquél, se dice en las Partidas que si el testador desea que permanezca secreta su última voluntad, ante los mismos testigos á quienes había de declarar paladinamente aquélla, manifestará que la misma se contiene en el pliego ó sobre cerrado que presenta en el acto del otorgamiento, y en el cual han de poner todos sus firmas, como símbolo de la autenticidad de dicha envoltura y su contenido. Ese testamento en tal forma dictado se llama en el Código alfonsino «*hecho en poridad*».

Las *leyes de Toro* y de la *Novísima Recopilación*, publicada, como ya sabemos, con el propósito de unificar y armonizar la legislación testamentaria hasta entonces vigente, regulan ya con separación el testamento cerrado, aunque considerándolo, con error, equivalente al llamado en latín *in scriptis;* exigen en él la presen-

cia de siete testigos y Escribano (cuando en el testamento nuncupativo no se requerían más que un Notario y tres testigos idóneos), los cuales, juntamente con el testador, habían de firmar encima de la escritura del testamento, si supieren y pudieren, pero habiendo de reunirse siempre por lo menos ocho firmas, más el signo del Escribano.

Los proyectos de 1851 y de 1882 modelan el testamento cerrado en forma casi idéntica á como aparece en el novísimo Código civil.

Todos los Códigos extranjeros que conocemos adoptan muy análogas medidas de precaución á las del nuestro y señalan semejantes ó casi iguales solemnidades á las que en el comentario siguiente estudiaremos. El Código francés (art. 976) llama á dicho testamento "*místico*", que en griego quiere decir secreto.

En Cataluña, el testamento cerrado se otorga solamente por el que sepa escribir, y después de redactado y encerrado en el pliego ó sobre, el testador lo presenta ante el Notario y dos testigos instrumentales, los cuales han de firmar el acta que sobre la cubierta se extienda. Estas solemnidades se cumplen especialmente desde la publicación de la Instrucción de 24 de Julio de 1755, confirmada en 27 de Junio de 1774, para poner de acuerdo el Derecho foral con el canónico, considerado como supletorio en Cataluña. El Notario ha de ser la única persona en cuyo poder quede conservado el testamento cerrado. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Diciembre de 1872 autoriza el que firme uno de los testigos por el testador, si éste no pudiere, y al tenor de lo dispuesto en la *ley 28, título XV, libro VII de la Novísima Recopilación.*

En Aragón, el testamento cerrado se otorga entregando al Notario el pliego sellado, ante dos testigos, todos los cuales han de firmar en la cubierta, y unos por otros, cuando éstos no supieren. Así se desprende del *Fuero de 1678*. El Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de Septiembre de 1875, también declaró que el *Fuero de 1528* sólo previene que los otorgantes y testigos suscriban con su firma y rúbrica los instrumentos que otorgaran ante escribanos, sin que á éste se imponga la obligación de signarlos y firmarlos, y sí sólo la de escribir de su puño y letra la primera y última líneas, rubricando además la penúltima y última. Ese testamento puede hacerse con intervalos.

El testamento cerrado en el territorio de Navarra, al menos como se estatuye en el *Fuero de 1678*, se otorga según las mismas solemnidades del Derecho romano, y por tanto, requiere la presencia de siete testigos, que con sus firmas y sellos, suscriban la cubierta, siendo además requisito indispensable la unidad de acto.

Aunque no se exige la presencia del Notario, los tratadistas la aconsejan, para evitar dificultades, y principalmente cuando no sepan firmar ni el testador ni ninguno de los siete testigos.

El *Fuero de Vizcaya* nada dice respecto á testamentos cerrados; por lo cual, regirá en ese país el Código civil como Derecho supletorio.

Y con esta ligera excursión histórica, ya podemos entrar de lleno en el examen de las disposiciones según las cuales, el moderno legislador español ha modelado dicha forma de testar; pudiendo por el pronto anticipar, como juicio general y sintético del conjunto

de preceptos que constituyen esta sección sexta, que se advierte en ella un evidente progreso sobre el Derecho positivo anterior, por una mayor regularización científica de la materia y un previsor estudio hecho según las enseñanzas de la jurisprudencia y de la práctica.

Art. 706. El testamento cerrado podrá ser escrito por el testador, ó por otra persona á su ruego, en papel común, con expresión del lugar, día, mes y año en que se escribe.

Si lo escribiere por sí mismo el testador, rubricará todas las hojas y pondrá al final su firma, después de salvar las palabras enmendadas, tachadas ó escritas entre renglones.

Si lo escribiere otra persona á su ruego, el testador pondrá su firma entera en todas las hojas y al pie del testamento.

Cuando el testador no sepa ó no pueda firmar, lo hará á su ruego y rubricará las hojas otra persona, expresando la causa de imposibilidad.

Concordancias.—Análogo al art. 569 del proyecto de Código de 1851 é igual en el 1.°, 3.° y 4.° párrafo, y análogo en el 2.°, al artículo 704 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. I, ley 1.ª*—La otra manera es, á que dizen en latin testamentum in scriptis, que quiere tanto dezir, como cuando que se faze por escrito, e non de otra guisa. E tal testamento, como este deue ser fecho ante siete testigos, que sean llamados e rogados de aquel que lo faze; e ninguno destos testigos non deue ser sieruo, nin menor de

catorze años, nin muger, nin ome mal enfamado. Otrosi, dezimos que cada vno dellos deue escreuir su nome en la fin del testamento, diziendo assi: Yo Fulano, so testigo deste testamento, que lo fizo tal ome (nombrándolo), seyendo yo delante. E si alguno dellos non sopiere escreuir, qualquier de los otros lo puede facer por mandado del. E demas desto, deuen poner todos los testigos sus sellos en la carta del testamento con cuerdas pendientes. E si alguno dellos non ouiesse sello, puede esto facer con sello de otro. Otrosi, dezimos que el fazedor del testamento deue escreuir su nome en la fin de la carta, diziendo assi: Yo Fulano, otorgo que fize este testamento en la manera que es escrito en esta carta. E si non supiesse o non pudiesse escreuir, bien lo puede fazer otro por mandado del.

Partida 6.ª, tít. 1, ley 2.ª—En escrito, queriendo alguno fazer su testamento, segun dize en la ley ante desta, si por auentura lo quisiere fazer en poridad, que non sepan ninguno de los testigos lo que es escrito en el, puedelo fazer desta manera. Deue el por su mano mesma escreuir el testamento, si sopiere escreuir, e si non, deue llamar a otro, qual quisiere, en quien se fie, e mandegelo escreuir en su poridad. Despues que fuere escrito, deue doblar la carta e poner en ella siete cuerdas, con que se cierre, de manera que finquen colgadas, para poner en ellas siete sellos, e deue dexar tanto pergamino blanco de fuera, en que puedan los testigos escreuir sus nomes e despues desto, deue lamar e rogar tales siete testigos, como dize en la ley ante desta, e mostrarles la carta doblada, e dezirles assi: Este es mi testamento, e ruego vos que escriuays en el vuestros nomes, e que lo seyeis con vuestros sellos. E el otrosi, deue escreuir su nome o fazerlo escreeuir en fin de los otros testigos ante ellos, diziendo assi: Yo otorgo que este es el testamento que yo Fulano fize, e mande escreuir.

Novísima Recopilación, libro X, tít. XVIII, ley 2.ª—... pero en el testamento cerrado, que en latín se dice *in scriptis*, mandamos que intervengan á lo menos siete testigos con un Escribano, los quales hayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento ellos y el testador, si supieren y pudieren firmar; y si no supieren y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros; de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del Escribano.

ART. 707. En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes:

1.ª El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.

2.ª El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, ó lo cerrará y sellará en el acto, ante el Notario que haya de autorizarlo y cinco testigos idóneos, de los cuales tres, al menos, han de poder firmar.

3.ª En presencia del Notario y los testigos manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito, y firmado y rubricado por él, ó si está escrito de mano ajena y firmado por él al final y en todas sus hojas, ó si, por no saber ó no poder firmar, lo ha hecho á su ruego otra persona.

4.ª Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que esté cerrado, y dando fe de haberse observado las solemnidades mencionadas, del conocimiento del testador ó de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, á su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

5.ª Extendida y leída el acta, la firmarán el testador y los testigos que sepan firmar, y la autorizará el Notario con su signo y firma.

Si el testador no sabe ó no puede firmar, deberá hacerlo en su nombre uno de los testigos instrumentales ú otra persona designada por aquél.

6.ª También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

Concordancias.—Análogo al art. 569 del proyecto de Código de 1851, é igual en los párrafos 1.°, 3.°, 5.° y 6.°, y análogo en los 2.° y 4.°, al proyecto de 1882, en su art. 704.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del anterior artículo.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 706 Y 707.—*Del testamento cerrado: a) Su definición.*—Con vista ya de las disposiciones diversas que comprenden los artículos 706 y 707, los cuales señalan las solemnidades que han de concurrir en el otorgamiento del testamento secreto normal y ordinario, podemos definir dicho testamento, de conformidad con el jurisconsulto francés Rogron, diciendo que es el que ha de ser escrito por el testador ó por otra persona, si aquél sabe leer, y presentado después delante de los testigos á un Notario, que cierre y selle lo escrito, si ya no lo ha sido por el testador, extendiendo dicho funcionario un acta de suscripción, firmada por él, por el autor del testamento, si sabe, y por los testigos. Esa clase de testamentos comprende, pues, dos esenciales momentos, el determinado por el artículo 706 y aquel otro al que se contrae el 707, los dos igualmente imprescindibles, porque el primero aisladamente (con salvedades que más adelante explicaremos), no supone más que la confección de un proyecto de última voluntad, sin eficacia por sí solo de ningún género; y el segundo, practicándose en un sobre ó envoltura que nada contuviere, ó sólo papeles en blanco, á ningún fin obedecería ni nada habría de significar.

b) Otorgamiento del testamento cerrado.—El testador, á solas, sin testigo alguno de vista, sin estorbo de ningún género que coarte en lo más mínimo la manifestación en el papel de sus pensamientos, dicta con arreglo á su conciencia lo que quiere que se haga para después de su muerte en orden á la herencia. Si no precisa del auxilio de tercera persona, por los consejos que de ella haya menester ó para que escriba lo que él está imposi-

bilitado de hacer, sin traba alguna, sin apremios del tiempo, aunque sea aprovechando los momentos de descanso en el trabajo, de tranquilidad y de apartamiento social, en cada día, puede arreglar sus cosas como tenga por conveniente, sin que por el secreto de lo ordenado nadie de ello tenga noticia hasta que acaezca el suceso que hará ya precisa la apertura del testamento. Terminado su trabajo, examinados detenidamente los cálculos y consecuencias á que pueda dar lugar, y cuando mejor le parezca, elevará aquel proyecto de testamento á la categoría de documento plenamente eficaz para transmitir cuantiosos ó no cuantiosos derechos y obligaciones, y para fijar la sustitución ó representación jurídica de su persona por otra ú otras que han de continuar las relaciones de Derecho creadas por aquélla. Por esto en el Código civil están muy acertadamente diferenciados esos dos momentos ó partes del testamento cerrado; siguiéndose el ejemplo ya trazado por el proyecto de 1882, y corrigiendo la obra de otros proyectos anteriores y Códigos extranjeros, que involucran y confunden lo que sólo separadamente regulado tiene una explicación más lógica y satisfactoria.

En conformidad con las anteriores observaciones, el distinguido publicista italiano Grondona *(Il testamento per atto de Notaio)* afirma que el testamento secreto, á diferencia del público, consta de dos distintas partes, la una que es obra del testador, destinada á mantener una incógnita antes de la apertura del testamento, y la otra que es el acto de recepción, dedicado á identificar y conservar la primera, lo cual constituye el verdadero «*acto de Notario*». Por eso en el testamento cerrado la responsabilidad y el oficio del Notario comienzan propiamente en el segundo de dichos momentos y los deberes relativos á este objeto se distinguen de los que le corresponden en el testamento público, no sólo por la diversidad del acto en que interviene, sino por el menor número de responsabilidades que en tal sentido le pueden afectar.

El testador puede escribir su última voluntad en la forma secreta de testar, por sí mismo ó valiéndose de una tercera persona, y en este segundo caso, no solamente, como pudiera creerse, cuando esté imposibilitado para escribir ó cuando no sepa, sino cuando se le antoje, cuando por ese segundo medio se le facilite más la tarea de redactar la manifestación de sus ideas,

valiéndose, al efecto, de un amanuense. El párrafo primero del artículo 706 le otorga plena libertad para que escoja el procedimiento que mejor pueda convenirle. Si escribe todo el testamento por su propia mano, rubricando todas las hojas y firmando al final del mismo, casi puede decirse que ninguna diferencia separa esa forma de testar de la ológrafa. Y tanto las creemos equivalentes en ese supuesto, que si, por cualquier accidente, dicho testamento no llegara á ser formalizado, según las reglas del art. 709, podría defenderse su eficacia considerándolo como testamento ológrafo si, por otra parte, reunía las demás solemnidades prevenidas en la sección cuarta del presente capítulo. Así nos autoriza á pensar el art. 715 de la presente sección, el cual prevé que, declarado nulo un testamento cerrado, puede convalidarse, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviera las condiciones propias del último testamento. Muchas de estas condiciones ya las requiere el art. 706, puesto que exige que el testador rubricará todas las hojas y pondrá al final su firma, después de salvar las palabras enmendadas, tachadas ó escritas entre renglones. Falta únicamente el requisito del empleo del papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento, y por esta deficiencia ¿habría de denegarse la convalidación? Con arreglo al art. 715, sí, y, por tanto, éste no tendrá aplicación más que para el caso de previsión extremada en que el testador, anticipándose á la posible y temida declaración de nulidad, escribiese ya de antemano el que había de ser testamento cerrado en un pliego de dicho papel sellado.

El párrafo primero del art. 706 autoriza la extensión del testamento en papel común, porque la identidad del año del otorgamiento de aquél ha de resultar comprobada de las diligencias extendidas sobre la cubierta ó sobre cerrado, por el Notario, testigos y testador, sin que importe que el último prescinda de la justificación de ese extremo.

Parece algo superflua la exigencia de haber de indicarse en la escritura testamentaria el lugar, día, mes y año en que se extiende, cuando estos mismos particulares, y algún otro con ellos relacionado, se han de consignar forzosamente en la cubierta. Sin embargo, tal requisito no huelga, como erróneamente cree algún comentarista del Código. En primer lugar, puede ser de notoria y oportuna utilidad cuando, declarado nulo un testa-

mento cerrado por no haberse observado en él las solemnidades de rigor, ó cuando no llegara á ser presentado ante el Notario y testigos, valga, según acabamos de ver, como ológrafo, si reúne los demás requisitos prevenidos para éste, entre los cuales ya sabemos que uno de los más principales é ineludibles es el relativo á la determinación del día, mes y año, y en ese caso ya puede comprenderse la ventaja que proporcionará el poder aprovechar ese escrito, ya que no como forma cerrada de testar, subsidiariamente como forma ológrafa, evitando también de esa manera el que fallezca intestado quien lo escribió. Además, la designación del día, mes y año en la primera escritura testamentaria podrá, en ocasiones, servir de punto de partida para aclarar dudas que pueda ofrecer la inteligencia de sus cláusulas y para interpretar, con arreglo á las condiciones de tiempo en que el testador escribió su última voluntad, las diversas disposiciones que ésta comprenda.

Por lo demás, nos parece indudable que la capacidad legal para otorgar testamento cerrado es preciso referirla al momento en que el testador presenta aquél al Notario y testigos, diciendo que contiene su última voluntad; es decir, al segundo momento á que antes nos referíamos, y que regula el art. 707. Bajo este supuesto, la designación de hora, día, mes y año, á que se refiere el núm. 6.° de dicho artículo, es aún más esencial que la requerida en el primer momento, ó sea el del art. 706; por eso en el 707 hasta se exige que se consigne la hora, previéndose también el que se hubiera otorgado otro testamento en el mismo día, y uno ú otro hubiera de ser revocado por el posterior en el orden del tiempo.

La tesis que sostenemos induce, claro es, á tener que admitir como válido un testamento cerrado escrito, por ejemplo, en un momento de locura del testador ó cuando aún no hubiera cumplido la edad de catorce años, siempre que cuente con testamentifacción activa en el instante en que se presente con el pliego cerrado ante Notario y testigos, manifestando que allí se encierra su testamento. Pero esto es inevitable; y además tiene su explicación. El testador que trata de que permanezca secreta su última voluntad, la escribe, á solas, por sí mismo ó con ayuda de tercera persona, cuando bien le parece y en la forma que mejor crea. Hasta el momento en que ha de solemnizarla,

según manda el art. 707 del Código, claro es que puede examinarla, corregirla ó aceptarla tal como fué dictada de primera intención. Llegado dicho momento, se entiende que el testador conoce perfectamente lo que consta escrito y encerrado en el pliego, haciéndolo suyo en aquel acto y aceptando todas sus consecuencias. De modo que entonces es cuando realmente testa; cuando eleva á la categoría de testamento lo que ántes no era más que una minuta, un proyecto de última voluntad, un acuerdo tomado en momento de alucinación mental ó sin reflexión bastante. Lo propio ocurre en la forma pública ó abierta de testar, cuando el testador presenta borrador escrito, con arreglo al cual ha de ser redactado el testamento por el Notario, pues hasta que esto último no se hace, no hay en realidad nada de última y solemne disposición. En la forma cerrada, el testador, al presentarse al Notario y testigos, diciendo que en el pliego que muestra existe su testamento, subsana, purifica, digámoslo así, todas las deficiencias, todas las imperfecciones que, respecto á la capacidad legal para testar, concurrían en el testador cuando á solas exteriorizaba su voluntad testamentaria.

Por otra parte, el art. 666 estatuye que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle *al tiempo de otorgar el testamento;* y ese tiempo, según el artículo 707, que luego examinaremos, tratándose del testamento cerrado, coincide con el momento segundo de éste, á que antes nos hemos referido, porque en el comienzo de dicho precepto se declara: «*en el otorgamiento del testamento* cerrado se observarán las solemnidades siguientes.»

Por lo expuesto creemos inútil é improcedente terciar en la discusión que mantienen algunos jurisconsultos extranjeros sobre cuál de los dos momentos expresados es el más esencial, tratándose de acreditar el perfecto disfrute de la testamentifacción activa. En el Derecho positivo español, al menos, opinamos que no puede sostenerse otra teoría que la anteriormente expuesta.

Muchas de las observaciones que expusimos al tratar de las solemnidades del testamento ológrafo pueden aplicarse al presente momento como reglas y consejos que no deben desatenderse al redactar el escrito que ha de ser después testamento cerrado, porque, repetimos, entre el primer momento de éste, cuando el testador escribe de su puño y letra y firma su última

disposición, y dicho testamento ológrafo, no encontramos otra diferencia que la de poderse emplear en una forma de testar papel común, y ser preciso en la otra papel sellado. De suerte que en el testamento cerrado, el testador podrá escribirlo en diferentes fechas, con todos los aditamentos que tenga por conveniente, siempre que suscriba cada uno de ellos: Las palabras enmendadas, tachadas ó escritas entre renglones, no salvadas convenientemente por el testador, se entenderán perfectamente nulas ó incapaces, y aunque existan en el cuerpo del testamento, no por ello anularán éste: La suscripción ó firma ha de ponerse necesariamente al final de cada una de las disposiciones que dicte el testador, si las dicta en diferentes ocasiones ó fechas, y no al margen ni al principio de cada una: Las fechas ó ideas que pueden expresarse con números, será conveniente que se den á conocer en letras ó signos alfabéticos, etc., etc.

La designación del lugar en que el testador escribe el testamento cumplirá los mismos fines que dijimos cumplía la fijación de la fecha en la escritura testamentaria, y en ese supuesto, creemos que se habrá exigido.

En el testamento cerrado, como en el ológrafo, se ordena la observancia de ciertas formalidades que no tienen gran trascendencia para identificar y asegurar la voluntad del testador; y sin embargo, se exigen con el mismo imperio y rigor que las más necesarias, cabiendo á algunos comentaristas la duda de si su omisión podrá producir la nulidad de la disposición testamentaria. El art. 715, que declara esa nulidad para el caso en que no se apliquen todas y cada una de las formalidades prescritas, al igual del 705, tratándose del testamento abierto, y del 687 con respecto á toda clase de testamentos, no hace distinción alguna y adopta un criterio nivelador para todo género de infracciones, aunque sean, al parecer, levísimas. En el testamento cerrado hay, sin embargo, el recurso de que puede llegar á prevalecer por las reglas de otra forma de testar (la ológrafa), siendo, pues, conveniente que aun en el primero se apliquen las solemnidades de la última para asegurar así la forma principal y la subsidiaria.

Hemos expresado que el testador puede valerse de amanuense que escriba su última voluntad, ya en el caso en que así le plazca por mayor comodidad ó facilidad para exteriorizar sus ideas, ó porque se encuentre realmente imposibilitado, por igno-

rancia é impotencia, para escribir por sí mismo. En el primer supuesto, le exige el legislador que ponga su firma entera en todas y cada una de las hojas de lo escrito, precaución ésta que aconsejamos se emplee en el testamento ológrafo, aunque no lo exija el legislador, para mejor asegurar la identidad de la disposición testamentaria y evitar la suplantación de cualquiera hoja de la misma. Esta formalidad, además de la exigencia de que el testador firme al pie del documento, indica que aquél sabe en ese caso escribir, y sólo por otra clase de motivos acude al auxilio de una tercera persona. Esas firmas indican también que el testador ha leído lo que aquélla por su orden ó al dictado escribió, y que se conforma con lo escrito.

Cuando el testador ni sabe ni puede firmar, la intervención de esa tercera persona es ya de todo punto necesaria, porque sin ella aquél no podría otorgar testamento cerrado, sino únicamente el público ó abierto. Como entonces media la imposibilidad física del testador para escribir, lo sustituirá en todas las funciones el amanuense, quien firmará al final del testamento, siendo suficiente que rubrique cada una de sus hojas, según dispone el último párrafo del art. 706. Recordando á este propósito lo que dijimos al tratar del testamento ológrafo, opinamos que si se acreditara el extremo de que, aun habiendo manifestado el testador al escribir su testamento, que ni sabía ni podía firmar, no dijo la verdad sobre el particular, y apareciesen firmas suyas perfectamente extendidas en documentos de igual fecha, la disposición testamentaria no por ello se anularía, porque, como en el testamento cerrado, existe otro momento que puede considerarse de ratificación de la escritura privada contenida en el pliego cerrado que se presenta, si el testador manifiesta clara y solemnemente entonces que su última voluntad es la que, bajo sobre ó cualquiera otra cubierta, muestra ante los ojos de Notario y testigos, quedaría por esta sola circunstancia desvirtuada dicha prueba y el testamento recobraría toda su plena eficacia, á no ser que lo impidieran otros motivos de nulidad. A precaver los riesgos que de la contingencia expuesta pudieran sobrevenir obedece el que el amanuense explique ó consigne en el cuerpo del escrito la causa de la imposibilidad en que el testador se encuentra para no firmar el testamento.

De lo manifestado deducimos, como una importante regla de

capacidad para otorgar testamento cerrado, que podrán testar en esta forma lo mismo los que saben y pueden escribir, como los que no saben ni pueden; y aun los que sepan exclusivamente firmar, conceptuándose posible, como da á entender la realidad, que haya quien pueda poner su firma, y sin embargo, desconozca las reglas de la escritura. Unicamente, como ya más adelante veremos, tienen perfecta incapacidad para otorgar esa clase de testamento los que no saben ni pueden leer.

El último párrafo del art. 706, al autorizar aun á los que no sepan firmar para testar en forma cerrada, confirma enseñanzas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que á su vez pusieron fin á la tan ventilada contienda mantenida por tratadistas demasiado escrupulosos, sobre si, con arreglo á las leyes de *Toro*, después que éstas vinieron á aclarar y armonizar el sentido del Derecho de *Partidas*, estaba facultado para otorgar testamento cerrado quien no supiese escribir. Pacheco, Gutiérrez, Llamas, Gómez de la Serna, Escriche, Febrero, Morató, Sánchez de Molina, Matienzo, Burgos de Paz y algunos otros más modernos, han esgrimido sus armas y aguzado su ingenio de interpretadores de la ley en pro de cada opinión, estimando cada bando de diversa manera el sentido de la legislación de Toro, al venir á derogar ó modificar el organismo testamentario hasta entonces vigente. La discusión cesó de tener valor alguno práctico cuando el Tribunal Supremo, en 6 de Abril de 1877, dijo «que la sentencia que declara válido el testamento cerrado hecho por el que no sabe escribir ni leer, no infringe la *ley 2.ª, tít. XVIII, libro X de la Novísima Recopilación*, puesto que ésta no prohíbe que firme la escritura del testamento, por el testador que no sabe hacerlo, uno de los testigos que intervengan en su otorgamiento; y antes bien, después de ordenar que lo firmen testigos y testador, «*si supieren y pudieren*», dispone á seguida, *y si no supieren y el testador no pudiera*, comprendiendo respecto á éste los casos de ignorancia y de impotencia, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas y mas el signo del Escribano, sin hacer tampoco distición alguna de testigos y testador: Además, no ofreciendo duda alguna que la referida ley recopilada no tuvo otro objeto ni se propuso tampoco más que establecer la solemnidad externa de los testamentos, es improcedente, por carecer de todo apoyo, la deducción que se haga para afirmar

que, según aquélla, no puede testar por escrito el que no sabe escribir, cuando no se trata en ella de la capacidad del testador, sino de la solemnidad del testamento; y existiendo y estando vigente la ley de Partida que declara este derecho, debió haberlo derogado con claridad y precisión». La sentencia de 7 de Marzo de 1888 confirmó la anterior, declarando que la *ley 3.ª de Toro* no prohíbe otorgar testamento cerrado al que no sabe escribir; antes por el contrario, resulta de sus términos que está permitido por la ley de Partida. Igual doctrina encontramos en la reciente sentencia de 26 de Octubre de 1889, en la que se añade que dicha ley de *Toro*, que es *la 2.ª, tít. XVIII, libro X de la Novísima Recopilación*, permite que los testigos firmen los unos por los otros y por el testador, comprendiendo los dos casos de ignorancia ó de impotencia, en que el otorgante no sabe ó no puede firmar. Es, por tanto, inoportuna é innecesaria la discusión á que antes aludímos mantenida por ciertos tratadistas todavía después de la publicación del primero de los referidos fallos.

De suerte que, resumiendo, el primer acto del testamento cerrado puede llevarse á cabo:

a) Por el mismo testador, tanto la redacción como la suscripción de la escritura.

b) Por una tercera persona ó amanuense, cuando así lo desee el testador y á ruego del mismo, pero firmando éste todas las hojas y al final.

c) Por esa tercera persona, cuando el disponente no sabe ni puede escribir.

En estos tres casos han de cumplirse además todas y cada una de las formalidades prescritas en el art. 706 del Código.



Tenemos ya el testamento escrito, pero no otorgado. Para elevarlo á la categoría de testamento cerrado, eficaz y valedero, es preciso darle el complemento necesario, con el que se le distingue de las demás formas de testar. Primero hay que cerrarle, porque por eso se llama testamento secreto; y cerrarle de modo que la apertura del mismo sea imposible hasta que no se haga como manda la ley de Enjuiciamiento civil, ó por lo menos sea de difícil realización y pueda dejar huellas conocidas. Antes de ese mo-

mento, el testador está facultado para volver á leer lo escrito, modificarlo á su antojo, darle una distinta forma ó redacción, conservarle en su poder cuanto tiempo le plazca según ya hemos advertido repetidamente. Decidido ya á comunicarle toda la solemnidad que el Derecho requiere, ha de observar los requisitos que determina el art. 707.

El Código deja en absoluta libertad al testador para que practique el sistema de cierre del testamento que mejor le parezca, siempre que cumpla la condición señalada en el núm 1.° del artículo 707, ó sea la de que no pueda extraerse el pliego sin romperse la cubierta. Dento de este límite cada uno elegirá el procedimiento que mejor garantice los posibles atentados contra la conservación del testamento en la forma que en vida adoptó su autor, y al Notario también le corresponde vigilar cuidadosamente este particular, no sólo porque se le exige de modo terminante que dé fe del cumplimiento de esta formalidad, sino también porque si llega á depositarse en su poder el pliego cerrado, contará con mayores seguridades para no incurrir en responsabilidad de ningún género por supuesta infidelidad en la custodia de ese documento. El Código de las Partidas señala un sistema de cierre que aun hoy no nos parece desatendible: doblándose la carta en que se contiene el testamento y poniendo en ella siete cuerdas con que se cierre de manera que queden colgadas para poner en ellas siete sellos.

Tan importante es el requisito de que la clausura del testamento sea lo más perfecta posible, que el art. 742 de este mismo Código presume revocado el testamento que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas ó los sellos quebrantados, á no ser que se probase haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento de aquél, ó hallándose en estado de demencia, aun cuando en este caso sería necesario pobar la autenticidad del testamento para su validez. Estando en poder de otra persona, no será válido tampoco, á no probarse dicha autenticidad, si estuviese rota la cubierta ó quebrantados los sellos. De suerte que para evitar esa posibilidad, si el testador tiene algún interés en no morir intestado (y este deseo lo demuestra en el mero hecho de decidirse á testar), debe procurar con toda clase de medidas de precaución, incluso las que se emplean en nuestros servicios postales para la remisión de pliegos

de importancia, que sus pretensiones y esperanzas no resulten fácilmente defraudadas. Contra las habilidades criminales é inventos arteros es imposible casi en absoluto precaverse por completo. Para evitarlos en mucha mayor parte, el Código portugués (artículo 1.922) sigue un sistema distinto del nuestro. Ordena dicho Código que acto seguido de haber hecho el testador ante Escribano y testigos la manifestación de que el escrito que presenta es su última voluntad, el mismo Escribano, siempre en presencia de los testigos, viendo el testamento, pero sin leerle, levante un acta de aprobación, principiando á continuación de la firma del testamento y continuando sin interrupción en la misma página y siguientes: Entre otros de los particulares que han de consignarse en dicha acta están el de citar el número de páginas que contiene, si existe ó no algún borrón, entrelíneas, enmiendas ó nota marginal y, finalmente, que el testador mismo presentó el testamento en la forma que la ley ordena.

A ese mismo efecto proponía el Senador español D. Luis Silvela, al discutirse nuestro Código en la Alta Cámara, que se hiciesen dos testamentos enteramente iguales y se entregasen á distintas personas, á fin de que si uno se rompía ó perdía, el otro no se perdiera ni rompiera, evitándose así el que mediante la rotura de la cubierta del testamento, una persona tuviese en su mano conseguir que otra muriera intestada.

El eximio jurisconsulto D. Augusto Comas, en la misma ocasión, afirmaba que, según el Código, toda la garantía, toda la seguridad, toda la salvaguardia del testador en el testamento cerrado está en la cubierta, á pesar de lo cual y del cúmulo de requisitos que la ley exige que han de cumplirse en aquélla, el hecho de que aparezca rota después de la muerte del testador implica la nulidad de la última voluntad. Cuyas observaciones, de indudable exactitud y oportunidad, nos indican cuán desprovisto de garantías suficientes se halla el primer momento del testamento cerrado y cuán indispensable debe parecer que se extremen los mayores cuidados posibles para que el cierre del pliego testamentario se haga previniendo toda clase de peligros.

No ocurre en la actualidad lo que en el pueblo romano, donde cada ciudadano sellaba sus documentos con el anillo ó sello que llevaba consigo, siendo éste un medio de dar mayor autenticidad á sus firmas. El sello á que aluden los dos primeros párra-

tos del art. 707 puede ser el que por la índole de su profesión use el testador ú otro que garantice el cierre del pliego testamentario.

Viniendo de antemano cerrado dicho pliego, ó cerrado ante los mismos Notario y testigos, desde el instante en que el testador reúne ó convoca á éstos, empieza el acto del otorgamiento del testamento que, comenzado, es de suponer no tenga interrupción alguna hasta que haya concluído. En esta *Sección sexta* no existe precepto relativo á la unidad de acto, como se halla establecido con respecto al testamento público, por lo cual parece que el legislador español no ha creído que debía observarse ese requisito tratándose de la forma secreta de testar. Nosotros más bien creemos que se ha incurrido intencionalmente en esa omisión, por ser innecesario *recomendar* (como dice algún tratadista español, refiriéndose al Derecho antiguo ó anterior al Código), ó disponer la unidad del acto, tratándose de momentos tan breves relativamente como deben ser los que se empleen en la comparecencia del testador, con su testamento ante Notario y testigos, y la extensión de la sucinta acta en la cubierta ó sobre cerrado.

Las diversas referencias hechas ya en comentarios anteriores, tanto al tratar de los requisitos generales de todo testamento, como de los propios de cada una de las formas de testar, nos exexcusa de entrar en ciertas aclaraciones ya anticipadas y que tienen perfecta aplicación al caso presente, abreviando, por tanto, cada vez más nuestra tarea de comentaristas. La regla segunda del art. 707 no califica al Notario que ha de intervenir en el testamento cerrado; pero según la legislación notarial, no debe caber duda alguna de que también aquí se trata del Notario hábil del testamento abierto, es decir, del que resida en el distrito notarial que tiene asignado, salvas las contadas excepciones previstas por dicha legislación. Los testigos, ya expresa la citada regla que han de ser idóneos, lo cual supone, como sabemos, que han de reunir todas las condiciones prescritas en el art. 681. Otra condición se exige, y es que de los cinco, tres por lo menos han de poder firmar. El número de los mismos requerido para el testamento cerrado representa, como dice el Sr. Goyena, en sus *Comentarios al proyecto de 1851*, una transacción entre el número que pedía nuestra legislación de Partidas y el que todavía rige en las provincias de Derecho foral. Teniendo presente además que,

como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Junio de 1866, el objeto de la intervención de los testigos en los testamentos no se llena del mismo modo en los abiertos que en los cerrados, puesto que los de los primeros tienen que enterarse y dar testimonio de cuanto en ellos se dispone, mientras que los de los segundos no son llamados más que para oir la fórmula del otorgamiento, hecho aislado é independiente del contenido del testamento.

Según la sentencia de 6 de Febrero de 1866, habiendo exceso de testigos, queda el testamento válido si concurren á él los señalados por la ley, aunque se eliminen por alguna tacha los que sobrasen del número legal.

Tanto los testigos como el Notario han de limitarse exclusivamente á certificar de que han oído al testador manifestar los extremos que refiere la regla 3.ª del art. 707, aunque al Notario le corresponda después inspeccionar si se han cumplido las solemnidades de carácter general y las propias solamente de la forma de testar que estudiamos.

La expresión solemne del testador de que el pliego que presenta contiene su voluntad, del propio modo que las manifestaciones relativas á si aquél se halla en su totalidad escrito, firmado y rubricado por el que habla, ó si está escrito de mano ajena y firmado por él al final y en todas sus hojas, ó si, por no saber ó no poder firmar, lo ha hecho á ruego suyo una tercera persona, serán las ideas cuya expresión habrán de oir y entender perfectamente los testigos y el Notario; por tanto, es indispensable que se profieran en un idioma para todos inteligible, importando muy poco que sea el mismo ó distinto del empleado en las cláusulas testamentarias secretas, porque éste lo elegirá libremente el testador: Para traducirlo ya en su día y por quien corresponda, se adoptarán las medidas procedentes. Las Partidas, en una de las leyes anotadas en los *Precedentes legales,* ya nos dan sobre el particular la fórmula sacramental, que bien puede aplicarse á los presentes momentos: «*yo, Fulano, otorgo que fize este testamento en la manera que está escrito en esta carta.*»

El Sr. García Goyena, al comentar el art. 569 del proyecto de Código de 1851, parece que juzga innecesaria la manifestación del testador de haber escrito él ó persona ajena el testamento que presenta; y al efecto pregunta si no resultará esa circunstancia del

testamento, sin necesidad de que el testador lo declare, y si la equivocación, ambigüedad ó silencio del testador sobre ella ha de anular enteramente la disposición testamentaria. Extráñanos bastante que inteligencia de tan superior cultura jurídica como lo fué la del ilustre Vocal de la Comisión que tomó parte tan activa y principal en la redacción del referido proyecto de Código, dejara de comprender que la exigencia de esa importante formalidad no huelga, ni mucho menos, en el organismo del testamento cerrado, porque tiende indudablemente á dificultar la adulteración ó modificación del escrito testamentario encerrado en el pliego sobre el que se hacen tales declaraciones; quedando en el mismo consignado, bajo la fe del Notario y testigos, que fué el testador quien escribió su última voluntad ó un amanuense de orden suya.

Merced á esas manifestaciones, no será tan fácil á una mano criminal (sobre todo si constase que el escrito contenido en el sobre es todo él ológrafo) sustituirle ni alterarle, ya que en la carpeta se halla extendida un acta de la cual resulta que el testador dijo que de su propio puño y letra fué escrito todo su testamento. No hay duda de que de esta manera se impide algo más el éxito de los propósitos codiciosos y malas artes de los que pretendan por medios hábiles suplantar cualquiera última voluntad. Si, como puede suceder, existiera una disparidad sobre el particular, entre la resultancia del acta notarial de la carpeta y la manera de estar escrito el pliego, el Juez que llegare á conocer del correspondiente litigio declarará nulo el testamento que se encontrare en esas condiciones. Por esto dice un tratadista español, confirmando nuestro criterio, que la manifestación referente á todos estos extremos (los mencionados) ha de ser consignada literalmente en el acta del otorgamiento, con el objeto de que entre ésta y el testamento resulte la relación necesaria que garantice la verdad y certeza de lo dicho por el testador, evitando así la suplantación que de algún extremo pudiera hacerse y la nulidad del testamento.

De todo lo que suceda desde la presentación del pliego por el testador, ha de dar fe el Notario, narrándolo sucintamente en la cubierta del testamento. Aunque el acta que con tal objeto se extienda ha de comprender pocos particulares, sin embargo, bien puede ocupar un espacio de diez ó doce renglones, por lo menos de la longitud de los empleados en los pliegos en que se suelen

extender los documentos notariales. Por tal razón, el sobre, cubierta, carpeta ó envoltura del testamento conviene que ofrezca un espacio suficiente para que en el acta puedan consignarse todos los particulares á que se refiere el art. 707, procurándose que, por falta del necesario espacio, no haya de privarse el Notario de hacer una detallada y clara, aunque sucinta, noticia de lo que, omitido ó confusamente declarado, pudiera muy bien en su día contribuir á la anulación de todo el testamento. Utilícense, pues, solamente carpetas ó sobres en que el Notario pueda acreditar debidamente el cumplimiento de su misión, y donde puedan además colocarse holgadamente las firmas del testador, Notario y testigos, los cuales ya sabemos que han de ser siete, además de la designación del lugar, día, hora, mes y año del otorgamiento.

El art. 707 no exige más que el testador, en el caso que corresponda, manifieste que el testamento fué escrito á su ruego por *otra persona*, sin obligar á que se diga el nombre de ésta. Sin embargo, asintiendo al consejo que algunos comentaristas con este motivo formulan, recomendamos á todo testador que indique ante Notario y testigos el nombre de la persona ó personas que en calidad de amanuenses ó con otro objeto hayan intervenido en la redacción de la escritura encerrada en el pliego, con el fin de que en su día, si fuere necesario, dichas personas proporcionen datos respecto de la autenticidad é integridad del testamento. Y, bajo tal supuesto, el Notario habrá de dar fe igualmente de esa manifestación.

Las demás precauciones que refiere la regla 4.ª del art. 707, y que han de aparecer asimismo reseñadas en la mencionada acta, tienden á dejar bien determinado el estado en que el Notario recibe el pliego de manos del testador, para que, en su día, pueda por esa reseña deducirse si hubo alguna alteración, fractura ó propósitos de quebrantamiento de la carpeta y su contenido. Entonces, y por la necesidad de tener dicho funcionario que dar fe de la observancia de las solemnidades establecidas anteriormente por los artículos 706 y 707, es cuando puede oponer su veto al modo cómo aparezca hecho el cierre del pliego testamentario, aunque el testador lo considere á su satisfacción y gusto. El Notario ha de salvar siempre su responsabilidad, y justo es que tenga modo de librarse de ella cumpliendo con los deberes de su

cargo, por lo que en ese extremo ha de aparecer más interesado que su propio autor.

De lo que nunca podrá dar fe el Notario, porque es imposible certificar de cosas que uno no percibe por ninguno de los sentidos, es de que el sobre ó carpeta que le presenta el testador contiene, en efecto, su última voluntad, si el mismo no se lo ha demostrado antes de encerrarla, porque muy bien puede haber dentro un papel en blanco, ó unas apuntaciones, ó minuta que no sean ni testamento ni merezcan otra eficacia.

En todo caso, bástale dar fe de que bajo la carpeta en que se extiende el acta existe un pliego que el testador manifiesta contiene su última disposición.

Por ese mismo desconocimiento del Notario del escrito interior es posible sostener legalmente que dicho funcionario puede autorizar un testamento secreto, aunque contenga disposiciones á su favor, de su mujer ó de otros parientes en el grado á que alcanzan las prohibiciones, tratándose del testamento abierto. La ley notarial pone á esta doctrina una sola limitación, ó sea cuando el testamento se hallase escrito por el Notario ó por alguna de esas otras personas ó parientes.

Remitimos al lector á lo que tenemos expuesto al estudiar el testamento abierto, respecto á cómo el Notario ha de dar fe del cumplimiento de las demás solemnidades estatuídas en el art. 706 y en las tres primeras reglas del 707, es decir, si ha de aludir á la observancia de todas ellas en conjunto ó á la de cada una en particular, citándolas en la propia forma que el testador las designa.

Si el Notario por sí mismo no conoce al testador, en unión de dos de los cinco testigos que intervengan en el otorgamiento del testamento, habrá de identificar su persona con otros dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario y de los testigos instrumentales; y cuando esto tampoco sea posible, declarará tal circunstancia el Notario, y la suplirá, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto, y sus señas personales, correspondiendo en este último caso probar la referida identidad al que sostenga la validez del testamento, siempre que fuere impugnado. Tales disposiciones refieren los artículos 685 y 686 que cita la regla 4.ª del 707, y que, como ya sabemos, contienen prescripciones propias de toda clase de testamentos.

Si el testador, al manifestar en el acto del otorgamiento que el contenido del pliego es su última voluntad, con las demás circunstancias exigidas respecto á la persona ó personas que la escribieron, firmaron y rubricaron, no puede expresarse en idioma español, será aplicable el art. 684, y por tanto, aun tratándose de un acta cual la que ha de extenderse sobre el pliego cerrado, en vez de escribirla dos veces como dispone dicho artículo, refiriéndose indudablemente á los testamentos ológrafo y abierto, deberá consignarse en ella la manifestación oral del testador en el lenguaje extranjero que éste use, y, además, la traducción hecha por dos intérpretes elegidos por el mismo testador. La obligación de escribir el testamento en las dos lenguas, en todo caso tendrá lugar cuando el testador extienda, en el pliego que ha de cerrarse y sellarse, su última voluntad. Tal nos parece el más adecuado procedimiento para respetar, aun en el caso sobre que discurrimos y sin contrasentido de ningún género, la disposición general del art. 684, la cual fué dictada, seguramente, teniendo el legislador en la imaginación el testamento abierto ó el ológrafo.

No se pierda nunca de vista que en el testamento cerrado, aunque el acto que quizá más le caracteriza y por el cual recibe su eficacia es el llamado por el art. 707 «*otorgamiento*», sin embargo, cuando se habla de escribir ó extender su testamento el testador, se alude, sin duda alguna, al primer momento en dicha forma de testar, ó sea el que regula el art. 706. Por esto cuando el 684 exige que el testamento se escriba en las dos lenguas, se refiere á la escritura que extiende el testador por sí solo ó valiéndose de una tercera persona. En el primero de esos momentos, aquél no puede expresarse más que por escrito; en el segundo producirá sus manifestaciones oralmente, y el Notario, en forma sucinta, las recogerá y escribirá en el acta.

También ha sufrido una modificación al pasar á la última edición del Código la regla cuarta del art. 707 acerca de la capacidad legal necesaria para otorgar testemento, de que ha de dar fe el Notario, *á su juicio;* aditamento este último que en la anterior edición no existía, y requerido para armonizar el sentido de dicha regla con el de los artículos 685 y 695, también modificados en la propia forma. El proyecto de 1882 decía que el Notario diese fe de que el testador se hallaba en su cabal juicio

y libre de toda coacción. Cuanto debe expresarse respecto de dicha capacidad lo tenemos ya expuesto en el comentario de los mencionados artículos 685 y 695.

En la extensión y redacción del acta podrá el Notario valerse del formulario, pauta ó sistema que más conveniente le parezca, y el que en forma más compendiosa y clara recoja todas las prescripciones legales que en el contexto de ella han de quedar cumplidas. Terminada la redacción, el Notario la leerá á los presentes, sin que pueda quedar dispensado del cumplimiento de este deber, haciendo constar que advirtió al testador y testigos del derecho que tenían para leer por sí lo escrito, y lo renunciaron; al declarar la ley Notarial que sus disposiciones no se aplicarán, en determinados extremos, á los testamentos, y al exigir el Código que la lectura de los mismos ó de las actas que los autorizan y convalidan ha de hacerla el propio Notario, sin hablar de excusa alguna, indispensablemente procede respetar ese mandato en la forma en que está concebido.

Leída el acta y mostrada la conformidad con la misma de los que han de suscribirla, el testador y los testigos firmarán; y además los dos intérpretes cuando corresponda aplicar el artículo ya citado 684, para el testador y los testigos que no conozcan el idioma español. Los testigos que sepan firmar pondrán cada uno su nombre y apellidos, y por los que no sepan, firmarán los que sepan, pero cuidándose, no de hacer constar simplemente esta circunstancia en el acta, sino de que al final cada testigo de los que saben firmar repita la firma por cada uno de sus compañeros á quienes sustituya en esa tarea, con la antefirma que exprese ese extremo, ó sin ella cuando ya se haya hecho constar esto en el cuerpo del acta. De suerte que se habrán de reunir, por lo menos, siete firmas, aun cuando el testador, por no saber firmar, sea sustituído por otro testigo.

La circunstancia de que el testador no sepa ó no pueda firmar ha de mencionarse especialmente en el acta, de la propia suerte que se hace en el testamento público; y por tanto, esa diferencia existirá con relación á los testigos, respecto á los cuales bastará que, en antefirma, los compañeros que firmen por ellos digan «*por el testigo Fulano de tal que no sabe, ó no puede firmar*». Y como ya hemos dicho en otra parte, conveniente sería, respecto al testador, que cuando el no firmar obedeciera á imposibilidad, se

expresaran concretamente los motivos que la produjeran para esclarecerlos en su día, si llegara la ocasión oportuna.

Por último, la designación del lugar, día, hora, mes y año del otorgamiento debe hacerse con toda la posible claridad y procurando que lo escrito con tal objeto no llegue á ser adulterado. Hemos demostrado ya cuánta transcendencia representan esas formalidades para los efectos ulteriores de los distintos testamentos que hasta la hora de su muerte puede otorgar el testador, para el discernimiento de la capacidad legal del mismo y de las circunstancias diversas en que entonces manifestara su voluntad y para poder interpretar ésta debidamente con arreglo á las condiciones de tiempo y lugar.

Con lo examinado no terminamos la enumeración y análisis de las solemnidades requeridas para el testamento secreto. En comentarios posteriores continuaremos esta tarea.

ART. 708. No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan ó no puedan leer.

Concordancias. — Conforme con el art. 662 del proyecto de 1851 é igual al art. 706 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del art. 698.*

COMENTARIO.—El Código, antes de continuar exponiendo las demás solemnidades que han de completar el testamento secreto, eficaz y obligatorio, enumera dos casos: el uno negativo (art. 708), y el otro positivo, pero con limitaciones (art. 709).

La doctrina que encierra el primero de ellos estaba implícitamente comprendida en la legislación anterior, principalmente al regular las condiciones de la clase de testamento que el ciego podía otorgar, y á que nos hemos referido extensamente en el comentario del art. 698. El Derecho romano tampoco, según dijimos, permitía al ciego hacer otro testamento que el nuncupativo. La incapacidad relativa á los que no saben leer la encontramos ya en la *Constitución 25, tit. XXIII, libro VI del Codex Iustinianus.*

Los motivos que aconsejan la prohibición del art. 708 son co-

munes para el ciego y para los que no saben ó no pueden leer. Casi podrían comprenderse todos en esta última idea. Sin embargo, al mencionar especialmente á los privados de la vista ¿querrá darse á entender la existencia de ciegos que saben y pueden leer, aunque sea por medio de los sistemas inventados para la educación de esos desgraciados? No es la dificultad de enterarse del testamento por sí mismos, con la ayuda del sentido del tacto, en ellos desarrollado extraordinariamente, la causa de que se les incapacite para testar en la forma cerrada. Tanto á los ciegos como á los que no saben ni pueden leer no les es posible cerciorarse de si las terceras personas de quienes tendrían que valerse escribían lo que ellos les dictaran, y como en el testamento cerrado, en su primer momento, no intervienen más que el testador y el amanuense ó personas que le ayuden ó sustituyan en la tarea de escribir, no habría modo de establecer otras mayores garantías para evitar el engaño de que en el pliego que había luego de cerrarse se consignara cosa distinta de lo que el disponente quiso, sin quebrantar, por otra parte, la naturaleza secreta de esa forma de testar. Porque en el testamento nuncupativo del ciego, como se otorga en un solo momento y con publicidad, la precaución de la lectura de lo escrito, primero por el Notario y después por un testigo ó persona de la confianza del testador, garantiza á éste, de la manera relativa que puede apetecerse, dada la imperfección de las cosas humanas, de cualquiera superchería ó dolo que contra su última voluntad pudiera maliciosamente intentarse: Y todas las demás solemnidades se refieren á aquel solo instante del otorgamiento, que es al que con exclusividad se dirigen las atenciones y medidas de precaución del legislador. Pero en el testamento cerrado no bastaría con que el ciego ó el que no supiese ó no pudiese leer se penetrara de la idea de que el escrito testamentario contenía su última voluntad; ahí no concluye la forma cerrada de testar: después de puestos la cubierta y los sellos no quedarían igualmente seguras esas personas de que el pliego pudiera con habilidad ser sustituído por otro en el momento en que se realizase la entrega ante el Notario y testigos, ó sea cuando se verificara el verdadero acto del otorgamiento.

No por ello quedan desheredados de la facultad de testar los ciegos y los que no lean por impotencia ó por ignorancia. Pueden testar, según ya sabemos, en forma nuncupativa. Lo que esta-

blece el art. 708 es una incapacidad relativa de testar, que, por tanto, no pudo ser incluída al lado de las prohibiciones del artículo 663.

La doctrina que se deriva del art. 708 y de los dos que le preceden, comprende el caso de que una persona sepa leer pero no firmar: Fundándose en esta posibilidad autorizan para que firmen por el testador otra persona ó un testigo de los del otorgamiento. Y eso obedece á que la realidad ofrece casos, aunque los menos, de sujetos que saben deletrear y hasta leer, aunque incorrectamente, y, sin embargo, no escriben ó no saben poner su firma.

En cambio, el que sabe escribir, es seguro que lee por lo menos lo que escribe; mas el que pone su firma bien puede no saber leer, á pesar de cuya habilidad de dibujante no está facultado para otorgar testamento cerrado. Lo esencial para éste es el que se descifre la lectura, sépase ó no escribir, sépase ó no firmar. El testador, aun testando por medio de otro individuo, ha de quedar tranquilo y seguro de que lo dicho en el pliego cerrado es efectivamente lo que él quiso que se consignara, pues en otro caso hablaría y diría públicamente cuál era su última voluntad.

Los tratadistas, principalmente extranjeros, discuten el punto de si el arte de la lectura ha de requerirse con referencia á documentos manuscritos ó impresos; es decir, si para testar en forma secreta se ha de saber leer letra manuscrita ó impresa. Los jurisconsultos franceses Grenier, Duranton y Troplong opinan que debe de exigirse conocer la lectura de manuscritos. Marcadé, Coin Delisle, Demolombe y otros distinguen los casos en que la cédula testamentaria se extendiera en caracteres gráficos, de los en que esté extendida en caracteres estampados ó tipográficos; y señalan la incapacidad ó capacidad en cada uno de los respectivos casos para otorgar testamento secreto. Á nuestro entender, en el vigente Código español no puede haber cuestión porque si en teoría podíamos gustosos suscribir á una de esas opiniones, en los términos del Derecho positivo no es posible sostener otro criterio que el que nace de la recta y clara inteligencia de los preceptos legales. La capacidad de leer ha de referirse á los documentos manuscritos, porque el art. 706 no permite otras formas de testamento cerrado que tres: una la que puede *escribir* en totalidad por sí mismo el testador, otra la que un amanuense, á su ruego,

escribe por él, firmando éste, y otra la que *escribe* tercera persona, cuando el primero no sabe ni puede hacerlo. Además, el testamento impreso, para los fines que persigue el Código español, no puede ostentar los caracteres de individualización de la letra con que está escrito.

Nosotros creemos que, tanto la ceguera como la impotencia ó ignorancia de la lectura, han de existir en todos los instantes que medien desde el en que indebidamente y contra ley pudo redactarse el testamento por una tercera persona hasta que se extienda el acta de otorgamiento. Porque si, por ejemplo, se escribe una cédula testamentaria á ruego de un testador que no sabe ni puede leer, con el propósito de convertirla en testamento secreto, y con el transcurso de algunos meses, durante los cuales no se hace la entrega del pliego cerrado y sellado á Notario y testigos, el autor de ese proyecto de testamento recupera la facultad de poder leer, cuyo ejercicio tenía en suspenso por una dolencia, ó aprende lo que antes ignoraba, á contar de dicho momento y antes de la otorgación propiamente dicha, está en condiciones de cerciorarse de si lo escrito obedece con fidelidad á lo que él manifestó al amanuense: Por lo tanto, aunque se probara que en el momento mismo de la extensión del testamento, su autor no sabía ó no podía leer, si después supo y pudo, antes del acto de la entrega y del otorgamiento, y esto también se acredita, la disposición testamentaria, aun impugnada de nulidad, por ley de lógica y por el sentido racional de los preceptos que estamos examinando, tendría en justicia que ser considerada valedera, eficaz y otorgada con todas las solemnidades por el Derecho exigidas. Y no importa decir que el art. 708 no distingue de momentos en los que no se sepa ó no se pueda leer; aquí no cabe ese argumento de interpretación, porque ya hemos repetido en el transcurso del presente y del anterior comentario que el testamento cerrado se compone de dos esenciales momentos, perfectamente separados é independientes, los cuales alguna vez es necesario unir, aunque no sea más que idealmente, como sucede en el caso de que venimos tratando, y otras separar, cual acontece al resolver el interesante problema de la capacidad legal que ha de requerirse al otorgar esa forma de testar.

De la misma suerte, el ciego que al tiempo de escribirse el testamento por la tercera persona está imposibilitado de leer lo

conocimiento exacto de las impresiones que recibimos del mundo exterior y para comunicarnos con nuestros semejantes, supongan restricciones en la formalización de los testamentos de los que sufran estas desgracias, tan dignas de legítima compasión y de auxilio. Por esto, en todas las legislaciones se encuentran medidas de excepcional alcance y significación, tratándose de los testamentos que hayan de otorgar los sordos y los sordomudos; comprendiendo, por otra parte, que sería antihumanitario negar á éstos por entero la testamentificación activa, cuando los peligros consiguientes á su estado pueden evitarse dentro de los límites de lo posible, sin que padezca por eso el principio de la autenticidad y seguridad de las últimas voluntades.

Ya hemos dicho que el sordomudo y el que no puede hablar, pero sí escribir, cuentan, aun en medio de todo, con el sentido inapreciable de la vista, porque puede decirse que el que ve bien, deduce en muchas partes los efectos y hasta expresiones de aquellos con quienes se comunica ó de los que tiene á su alcance visual, proporcionando á los otros sentidos datos de verdadera importancia; y aun sordo, y aun mudo, cuenta, sobre todo sabiendo escribir, con medios para proceder en las relaciones sociales y en el manejo de sus intereses de manera segura relativamente y no tan expuesta á fraudes y sugestiones de la codicia ajena. Por esto, mientras resulta difícil, si no imposible, excogitar un procedimiento para conseguir que un ciego pueda dictar en términos convenientes un testamento que ha de mantenerse secreto hasta que realmente se otorgue ó se solemnice, parece más hacedero proporcionar á los mudos y sordomudos el consuelo de transmitir sus últimas manifestaciones testamentarias con todas las precauciones que su estado requiere; sobre todo si pueden exteriorizar sus pensamientos por la escritura, que equivale, por completo, al lenguaje hablado, porque si en éste, el órgano de expresión es el aparato lingual, en aquél es la pluma.

El Derecho romano sólo vedaba el ejercicio de la facultad de testar á los sordomudos de nacimiento, pues, como dice el referido párrafo de las Instituciones justiniáneas, suele suceder que algunos hombres, aun letrados y eruditos, pierden por diversos accidentes la facultad de oir y de hablar, y no es justo que se les niegue el poder hacer testamento, aunque con determinadas restricciones. Éstas aparecen reguladas en el § *4.º, libro XXVIII,*

título I del Digesto y en la *Constitución 10, libro VI, tít. XXII del Código romano;* de los que se deduce que el sordomudo puede testar sabiendo escribir. Esa misma doctrina contiene la ley de Partida anotada en los *Precedentes legales;* regulando el mismo principio los artículos correspondientes de los proyectos de 1851 y de 1882 y el del Código civil que es objeto del presente *Comentario.*

En efecto: la primera condición que se desprende de todo el contexto del art. 709, para testar en forma secreta, tanto el sordomudo como el que tenga sólo el último de esos defectos, es el conocimiento de la escritura. De lo cual se deriva que los desgraciados que no sepan ni puedan escribir carecen de capacidad para otorgar toda clase de testamentos, y están, por tanto, incursos en incapacidad absoluta de la índole de las que menciona el art. 663: No pueden hacer testamento ológrafo porque les es imposible escribirlo de su propio puño y letra, como exige el Código; tampoco el abierto, porque carecen del don del lenguaje para comunicar oralmente las ideas, que luego el Notario había de reducir á escrito; ni, por último, el testamento cerrado, porque, aunque fuera posible que un tercero se lo escribiera á ruego suyo, ni á éste podría comunicárselo, ni tampoco al Notario y testigos el dicho solemne de que en el pliego cerrado que presentaba se encerraba su última voluntad. Y los testamentos por señas, aun tratándose de extremos de tan difícil explicación y complicados como los necesarios para transmitir el peculio de cada persona, no pueden autorizarse sin extraordinario riesgo, mientras no se perfeccionen los sistemas educativos de los sordomudos y los mudos y se evidencien, sobre todo, sus resultados prácticos. No es el idioma de las señas el lenguaje de los testamentos.

También se deduce de la redacción dada al art. 709 que no entran en su esfera los simplemente sordos; éstos pueden otorgar toda clase de testamentos, y el cerrado lo harán, ya escribiéndolo por sí mismo, ya por su orden un tercero, aunque firmando los primeros, y rubricando todas las hojas, ó ya el amanuense en su totalidad, por no saber ó no poder el testador.

El art. 709 engloba las especialidades que el legislador ha creído prudente establecer en la forma excepcional de testar de que tratamos, tanto en lo que se refiere al primer momento como al segundo del testamento cerrado. La primera especialidad

alude á dicho primer momento, é indica que esos testamentos han de ser ológrafos, escritos en su totalidad por el sordomudo ó por el que no pueda hablar. Se prohíben, por tanto, las autorizaciones establecidas por el art. 706 relativas á escribirse el testamento por medio de terceras personas, ya voluntariamente ó ya por imposibilidad de hacerlo por sí mismo el testador. No cabe presentar la excusa de que no puedan escribir los sordomudos ó mudos en el momento en que van á exteriorizar su última voluntad; en ese caso queda en suspenso la excepcionalidad que regula el art. 706 hasta que se recobre la posibilidad de escribir; y si ésta no se obtiene, tales personas quedan excluídas en absoluto de la testamentificación activa.

El encabezamiento del art. 709, aun comprendiendo varios términos, virtualmente alude á los que carecen del don de la palabra, ya desde el nacimiento ó ya por consecuencia de una enfermedad adquirida; porque las precauciones que se adoptan envuelven toda la tendencia de sustituir los recursos con que cuenta el que puede valerse del lenguaje articulado; es decir, las nuevas reglas que el Código sigue, y que difieren en algo de las normales de los artículos 706 y 707, van dirigidas al mudo que sepa escribir; por esto algunos Códigos extranjeros, en los preceptos que concuerdan con el nuestro que examinamos, mencionan los sordomudos y los mudos y el proyecto de 1851 se refiere en general á los que no pueden hablar, pero sí escribir.

Algunos comentaristas, al llegar al examen del núm. 1.° del artículo 709, observan que éste omite la particularidad relativa á que el testamento ha de ser rubricado en todas sus hojas por el testador, ya que lo restante de dicho artículo no hace si no referencia al art. 707, donde únicamente se trata de las solemnidades que han de concurrir en el acta del otorgamiento. Parece indudable que el legislador intencionalmente ha excusado á los sordomudos y mudos de la práctica de ese requisito. No está de más, sin embargo, que en sus testamentos rubriquen todas sus hojas aquéllos para mayor garantía; y con seguridad que esto no daría lugar á la nulidad de la disposición testamentaria. De todos modos, presupuestas y cumplidas las demás formalidades que determina el art. 709, convenimos con el Sr. Navarro Amandi en que la precaución referida de las rúbricas no lleva en sí gran transcendencia.

En el acto de la otorgación de los testamentos que examinamos se establece otra especialidad: En vez de que el testador manifieste, al presentar el pliego cerrado ante Notario y testigos, que aquél contiene su última voluntad, consignándolo sobre la cubierta ó carpeta dicho Notario, tratándose de los que no pueden hablar y á quienes por tanto les es imposible pronunciar esa declaración, se precisa que la escriban, la exterioricen por el único medio de que pueden disponer, para que los demás se cercioren de que así piensan y esa es su resolución en ese solemne momento. Tal declaración escrita ha de ser también ológrafa para mayor garantía; y como en ella estriba lo esencial é importante del testamento cerrado, ni aun en caso de imposibilidad temporal ó momentánea podría excusarse el que un tercero escribiese por el sordomudo ó mudo.

Además de consignar éstos en dicha forma que el testamento que allí se encierra es su última voluntad, han de añadir «*la cual se encuentra en su totalidad escrita y firmada por mí*». La regla segunda del art. 709 no exige que tales declaraciones se firmen por el testador, aun cuando no estaría de más que ese requisito contribuyera á autorizar aquéllas con mayor solemnidad y sin que importara que el mismo testador firmase después el acta que sucintamente y á continuación habría de extender el Notario, porque son esos dos actos independientes y aislados hasta cierto punto; en el primero interviene sólo el testador; en el segundo, el mismo en unión del Notario y testigos.

¿Será necesario y exigible que la facultad de hablar la posea el testador en los dos momentos de escritura del testamento y de otorgación del mismo, para haber de respetarse forzosamente las excepcionalidades previstas por el art. 709? Es decir, si un mudo, por ejemplo, ya voluntariamente, ya por impotencia ó por ignorancia en el escribir, extendiese un testamento con la cooperación de otra persona que hiciera de amanuense, y para el acto del otorgamiento hubiera recuperado el habla, pudiendo ya manifestar claramente de palabra que en el pliego que presentaba se contenía su última voluntad, ¿se regularía la formalización de tales actos por el art. 709 ó por los 706 y 707? La cuestión es de transcendencia, y desconfiando de nuestro criterio, hemos ido á confirmarlo en fuentes de superior ilustración; encontrándonos, al efecto, con un fallo francés del Tribunal de Orleans, fecha 14

de Julio de 1847, que resuelve indirectamente esta duda en sentivo negativo, ó sea no exigiendo entonces especialidad alguna al mudo ó sordomudo, porque se dice que las formalidades de que la ley rodea la confección de los testamentos tienen todas por objeto asegurar la sinceridad de los mismos y evitar los fraudes consiguientes; así, el art. 978 del Código francés declara incapaces de hacer un testamento místico á los que no saben ni pueden leer, porque la lectura significa el único medio de adquirir la certidumbre absoluta de que la escritura que presenta el testador es en efecto obra suya: El legislador ve también en ello una garantía para dicho testador al regular la facultad de expresión de su pensamiento; pero ningún texto exige que esta facultad de expresión exista en el momento en que se confecciona el acto de última voluntad; por consiguiente, sólo cuando dicha garantía no exista es preciso adoptar las precauciones que la ley indica para reemplazarla. Aunque esta resolución comprende caso más general que el concreto propuesto antes por nosotros, los principios que sirven para resolver aquél explican perfectamente la solución que creemos debe darse racionalmente al segundo.

En efecto: sabiendo leer el mudo ó sordomudo, aunque no escribir, puede conseguir en una forma ú otra, ó tolerar que un tercero redacte y manuscriba el proyecto de su última voluntad. Enterado de ella perfectamente el que sin ningún recelo puede atribuirse el carácter de testador y aceptar las lógicas consecuencias que de él se desprenden, tiene siempre razón y momento para aprobar lo que el tercero ha hecho por él ó desaprobarlo, no haciendo caso alguno de lo que se le propone. De todas suertes, ese embrión, digámoslo así, de testamento no tiene por sí solo consistencia ni eficacia de ningún género. Pero llega el momento en que tal individuo quiere testar, ó mejor dicho, solemnizar su testamento, y en ese acto, contando con el completo y expedito uso de su aparato lingual, habla y dice claramente que aquello que se contiene en el sobre que va á cerrar ó sellar, ó que ya ostenta cerrado y sellado, contiene su última disposición testamentaria, la cual se encuentra escrita y fimada por una tercera persona, ó escrita simplemente por ésta y firmada y rubricada por el manifestante, cuya declaración incorpora al acta el Notario.

¿Podría combatirse por vicio alguno de nulidad ese testamento cerrado, aunque se acreditara en debida forma que tal testador

era sordomudo ó mudo, y no sabía escribir en el momento de redactarse dicha última disposición? Hemos advertido ya repetidamente que, tratándose del testamento secreto, la regla general es que la testamentifacción activa se reúna y justifique en el momento del otorgamiento de aquél; porque la índole especial de esa forma de testar por su diversificación de momentos permite que se escriba la última voluntad por un incapaz, un loco ó un menor de catorce años, ó que la escriba otro á nombre de ellos, sin que á pesar de lo cual sea nula, siempre que tales incapacidades hayan desaparecido para el acto de otorgamiento regulado por el art. 707. Pues con mayor razón ocurrirá lo propio tratándose del que sólo era sordomudo ó mudo en el momento en que el testamento fué escrito, que es lo que queríamos demostrar.

El apartado 3.° del art. 707 no exige que en el acta que ha de extender el Notario á continuación de la declaración del testador á que alude el apartado 2.°, se cumplan todas las formalidades del art. 707, sino solamente las que sean aplicables al caso; lo cual aprobamos, no siendo esta la costumbre que el legislador ha seguido en problemas jurídicos muy análogos al presente. Así por consiguiente, habrá que descartar la regla 3.ª del art. 707, puesto que el sordomudo y el simplemente mudo no pueden manifestar á Notario y testigos que el pliego que presentan contiene su testamento, ni expresar si se halla escrito, firmado y rubricado por ellos, sino por los medios que establece la regla 2.ª de dicho artículo 709, ó sea escribiendo tales manifestaciones en la parte superior de la cubierta, á presencia de las referidas personas.

Debe excluirse asimismo lo relativo al cumplimiento de lo restante de la citada regla 3.ª, porque los testamentos de mudos y sordomudos no pueden, en ningún caso, ser escritos por mano ajena. Aquéllos han de firmar el acta que á continuación de su manifestación escrita, extienda sobre la cubierta el Notario, á presencia de éste último y de los testigos. Mas el art. 709 no prevé el caso de que tales testadores, aun sabiendo firmar, no puedan por el momento hacerlo á causa de alguna repentina indisposición ó imposibilidad. Es cierto que este supuesto ocurrirá rarísimas veces, porque, como unos minutos antes el testador habrá escrito por su propia mano la declaración de que el pliego cerrado contiene su última voluntad, no es natural creer que mientras el

Notario redactara el acta sobrevinieran dichas indisposición ó imposibilidad. Sin embargo, el caso es posible; y si se presenta en la práctica es preciso darle una solución adecuada. ¿Sería nulo todo lo hecho hasta el punto de no poder dar debido término al otorgamiento del testamento, ó bastaría que firmase otra persona ó un testigo instrumental por el testador que se encontrara en las supradichas circunstancias? Opinamos esto último: Después de haber dicho en escrito perfectamente autorizado, el mudo y el sordomudo, que dentro de aquella cubierta se hallaba su disposición testamentaria, la formalidad de la suscripción del acta bien puede ser suplida por una tercera persona, mucho más cuando en aquélla el Notario se limita á narrar, describir ó dar fe de lo que ya anteriormente se había practicado y estaba, por tanto, cumplido, excepto lo relativo á la designación de la fecha y á dar fe del conocimiento y capacidad legal del testador, cuyos extremos corren de cuenta de dicho funcionario, prestando sobre los mismos testimonio los testigos presentes. Y como la facultad de poder ser sustituído el que testa en la firma del acta está comprendida en la regla 5.ª del art. 707, bien podemos asegurar que tal prescripción es de las aludidas en el último apartado del art. 709, como aplicable al caso excepcional que éste regula.

El Código de Méjico, refiriéndose al sordomudo (art. 3.786), dispone que si no puede firmar la cubierta, lo hará otra persona en su nombre á su presencia, no pudiendo hacerlo ninguno de los testigos, á no ser en caso de suma urgencia y dando fe el Notario de la elección que el testador haga de uno de aquéllos con tal objeto. También siguen igual doctrina los Códigos del Uruguay (párrafo último del art. 766), Italia (último apartado del 786) y Francia (979), entre otros más.

Por último, el art. 709 prescinde de la citación ó recordación, por lo menos, de un requisito importante que ha de concurrir en los testigos que intervengan en los testamentos de los sordomudos y mudos, ó sea el de que han de saber leer; y no basta que tres de los cinco testigos idóneos necesarios para toda forma cerrada de testar puedan firmar. Es preciso que todos sepan y puedan leer. No encontrando resuelto este caso en dicho precepto, habremos de acudir al general que señala las condiciones comunes á todos los testigos testamentarios. El art. 681 (núm. 5.º) declara que aquéllos han de entender el idioma del testador; y como los que

no pueden hablar pero sí escribir, no tienen otro idioma más que el de la escritura, éste es el que han de conocer dichos testigos.

ART. 710. Autorizado el testamento cerrado, el Notario lo entregará al testador, después de poner en el protocolo reservado copia autorizada del acta de otorgamiento.

Concordancias.—Igual al art. 709 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862.*—Art. 34. Los Notarios llevarán un libro reservado en que insertarán, con la numeración correspondiente, copia de la carpeta de los testamentos y codicilos cerrados cuyo otorgamiento hubieren autorizado, y los protocolos de los testamentos y codicilos abiertos, cuando los testadores lo solicitaren, y remitirán un índice reservado también al Regente de la Audiencia por conducto del Juez de primera instancia, en los términos establecidos en el artículo anterior. No es necesario que haya un libro para cada año.

ART. 711. El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, ó encomendar su guarda á persona de su confianza, ó depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

En este último caso, el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo reservado, al margen ó á continuación de la copia del acta del otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo á continuación de dicha nota.

Concordancias.—Igual al art. 710 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Véase la Real orden de 16 de Octubre de 1853.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 710 Y 711.—*Diligencias posteriores á la autorización del testamento cerrado: a) Entrega al testador: b) Copia del acta de otorgamiento en el protocolo reservado.*—El testamento cerrado se encuentra ya, por virtud de los artículos anteriores, investido de las solemnidades que le han de hacer en lo futuro válido y eficaz. El testador y los testigos han concluído su misión, si bien los últimos necesitan confirmar su testimonio en diligencias judiciales posteriores de las que ya trataremos. Los artículos 710 y 711 anotados dictan medidas para la conservación y seguridad del pliego cerrado y autorizado. El primero impone un deber al Notario exclusivamente, indicándoselo nada más, porque de su verdadero desarrollo y reglamentación se encarga la legislación notarial, que es la que en efecto examina más detenidamente tales extremos, como ya podemos en parte comprobar en el *Precedente legal* escrito al pie de dicho art. 710.

Extendida el acta de otorgamiento sobre la carpeta del pliego cerrado y firmado por todos los que deben hacerlo, se considera que aquél queda ya en poder del Notario para el cumplimiento de la obligación que á éste prescribe el citado artículo. No hay otros precedentes en el antiguo Derecho, ni más próximos en los modernos tiempos que los que indican el art. 709 del proyecto de 1882, y el 34 de la ley del Notariado. Y así se comprende, porque sólo pudo dictarse la medida de precaución que tales preceptos establecen al implantarse el organismo notarial que dicha ley inició, ó al menos sentó sobre bases y principios más racionales y definitivos. El proyecto de 1851 guarda silencio sobre el particular, limitándose á complementar las solemnidades del testamento cerrado después de autorizado, con los preceptos relativos á la apertura y publicación del contenido de aquél.

Para el cumplimiento de lo que estatuye nuestro art. 711 y de lo que era ya obligación del Notario, por virtud de la ley notarial, dicho funcionario llevará, además de los libros y legajos propios de su cargo, uno reservado, en el que, con la numeración correspondiente, se extenderá la copia de la carpeta de los testamentos cerrados. Del conjunto de éstos remitirá, en forma de índice y con carácter también reservado, al Presidente de la Audiencia

territorial respectiva, y por conducto del Juez de primera instancia del partido en cuya demarcación sirva el Notario, un estado en los ocho primeros días de cada mes, expresando los números ordinales de las copias referidas y los nombres del testador á que se refiera cada asiento, de los testigos instrumentales, de los testigos de conocimiento, en su caso, y la fecha del otorgamiento. Esta doctrina se deduce del examen comparativo y armónico de los artículos 33 y 34 de la ley del Notariado. En ese protocolo reservado (art. 59 del Reglamento de 9 de Septiembre de 1874) se observarán las formalidades prescritas para los protocolos generales en la parte que les corresponda, y se encuadernarán bajo el epígrafe «*Protocolo reservado testamentario, año de...*» (en guarismos), si bien ya sabemos que la ley no exige que se lleve un libro para cada año.

Los expresados índices han de remitirse igualmente en las mismas condiciones y tiempo á la Junta directiva del Colegio notarial correspondiente, que los archivará bajo su más escrupulosa responsabilidad: Y mucho más desde la publicación de la Real orden de 16 de Noviembre de 1875, en la que hubo de encargarse nuevamente el cumplimiento de los artículos 33, 34 y 35 de la ley de 28 de Mayo de 1862, que puedan armonizarse con el 55 del citado Reglamento, á cuyo efecto, y sin perjuicio de las prescripciones reglamentarias, los Notarios deberán extender dichos índices por duplicado, para remitir un ejemplar á los Presidentes de las Audiencias y otro á las citadas Juntas, pudiendo los Presidentes, cuando lo estimen oportuno, pedir datos á los Colegios notariales, para rectificar y completar en su caso los que obren en las Audiencias respecto á los expresados índices.

Después de extender en el protocolo reservado la copia autorizada del acta de otorgamiento, ha de cumplir el Notario otra obligación muy importante, y que nos sorprende no haya sido citada ó indicada siquiera en nuestro art. 710, que encontró ya establecido el Registro general de actos de última voluntad. Esa obligación es la relativa á hacer constar en ese Registro, por medio del particular que se llevará en los decanatos de los Colegios notariales de la Península é islas adyacentes, los testamentos cerrados en cuya autorización haya intervenido cada Notario. A este efecto, dispone el art. 7.° del Real decreto de 19 de Febrero de 1891, derogatorio del de 14 de Noviembre de 1885, que los cu-

ras párrocos y Notarios de la Península ó islas adyacentes que de cualquier modo intervengan en los otorgamientos de dichos testamentos, dirigirán, dentro de tercero día, á contar desde aquéllos, al Decano del respectivo Colegio notarial una comunicación en la que, por párrafos separados y numerados, se consignen el nombre y apellido del testador, su naturaleza, estado, vecindad ó domicilio, nombres y apellidos de sus padres, Notario que haya autorizado el testamento, población en que tenga lugar, fecha y las demás observaciones que se crean convenientes. Si no pueden expresarse todas estas circunstancias, se manifestará que se comunican las únicas adquiridas.

Por este motivo creemos nosotros que tanto los curas párrocos (en ciertos países de Derecho foral) como los Notarios cuidarán, al extender el acta de otorgamiento sobre la carpeta del pliego cerrado, de recoger todos los datos conducentes á la consignación exacta de las referidas circunstancias, para incorporarlas al acta, ó para tener presentes las que no haya necesidad de anotar allí, al comunicar la noticia del otorgamiento al Colegio Notarial.

Los agentes consulares de España en el extranjero remitirán á la Dirección general de los Registros civil y de la Propiedad y del Notariado esa comunicación con las circunstancias supradichas.

Los Decanos de los Colegios facilitarán á los Notarios oficios impresos para tales comunicaciones.

El Jefe del Negociado de la Dirección y los Decanos acusarán recibo, el primero á los agentes consulares y los segundos á los Notarios y párrocos, por medio de oficio que unos y otros deberán conservar.

Si, transcurrido el tiempo necesario para recibir el oficio, no llegara á poder de dichos funcionarios, repetirán la comunicación hasta obtenerlo.

Tan pronto como los Notarios reciban aquélla lo harán constar así al margen de la copia del acta de otorgamiento del testamento cerrado á que se refiera.

Inmediatamente que los Decanos de los Colegios reciban dichas comunicaciones dispondrán que se consignen los datos en el Registro particular, el cual se llevará por orden alfabético de apellidos, en hojas encasilladas, formadas de papel común, que se encuadernarán anualmente, quedando á cargo de las respectivas Juntas el modo de llenar este servicio.

En los días 1.° y 16 de cada mes remitirán los Decanos de los Colegios notariales de la Península y Baleares y los de Canarias cada mes á la Dirección general las hojas que estén completamente llenas, manifestando el número de las que se acompañan, el de las que quedan empezadas y el de asientos que contiene cada una de éstas, con expresión de la letra á que corresponde; y la Dirección general formará con esas hojas y con los datos que suministren los Agentes consulares, el Registro general.

Estas son las prescripciones pertinentes de los artículos 8.°, 9.° y 10 del Real decreto referido de 1891, que convienen á nuestro objeto presente.

La circular de 23 de Febrero del propio año dispone medidas de detalle, complementarias de las que acabamos de exponer, entre las cuales está la principal de que si los Curas párrocos y Notarios no cuentan con comunicaciones impresas para poner en conocimiento de la Junta notarial correspondiente el otorgamiento de un testamento cerrado, podrán valerse hasta de comunicaciones manuscritas.

De los asientos del Registro general de actos de última voluntad se expedirán certificaciones, siempre que se refieran á personas que hubiesen fallecido con posterioridad al 31 de Diciembre de 1885, por haberse creado dicho Registro en 1.° de Enero de 1886.

El Código de Méjico (art. 3.790) declara que no se anulará el testamento cerrado porque el Notario deje de poner en el protocolo copia del acta de su otorgamiento; pero dicho funcionario incurrirá en la pena de suspensión por seis meses. Nos atrevemos á sostener igual tesis dentro del Código español. Examinada la legislación y jurisprudencia notarial, según el sentido y la tendencia que las informa, opinamos, en consecuencia, que de la omisión del Notario en anotar en su protocolo testamentario el acta de otorgamiento, solamente podría nacer una responsabilidad gubernativa, exigible por la Junta directiva del Colegio notarial correspondiente ó por la Dirección general en su caso. Además, el art. 715, que pronto habremos de examinar, afirma la nulidad del testamento cerrado en *cuyo otorgamiento* no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección. Es decir, que dicha prescripción no alcanza más que hasta las últimas solemnidades del otorgamiento, ó sea hasta la aprobación

y suscripción del acta por testador, Notario y testigos. Y el artículo 710 menciona un requisito posterior á dicho otorgamiento. Por otra parte, sería injusto é irracional que por una infracción del Notario á sus deberes, la cual además en nada afecta á la virtualidad de lo dispuesto por el testador con arreglo á las solemnidades establecidas por el Derecho, se anulase el testamento irrogando á los interesados incalculables perjuicios, y dándose lugar á la sucesión intestada sólo por el incumplimiento de una formalidad ajena á la esencia y aun á los principios de autenticidad é inviolabilidad que deben informar las disposiciones testamentarias.



Conservación del testamento cerrado: Medios autorizados por la ley con dicho objeto.—El Notario, una vez ejecutado lo que le prescribe el art. 710, entregará el pliego testamentario cerrado al testador, quien podrá optar por uno de los tres medios de elección que le ofrece el art. 711: conservar aquél en su poder, encomendar su guarda á persona en quien tenga confianza ó darlo en depósito al Notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

Ya en una Real orden de 16 de Octubre de 1853 se dispuso que todo el que otorgare un testamento cerrado podía, para evitar su extravío, confiarlo en custodia personalmente, y no en otra forma, á cualquier Escribano ó Notario que tuviere registro público donde archivarlo, reclamando el competente recibo: Dichos funcionarios estarán obligados á conservar los testamentos cerrados que se les entreguen con el mayor cuidado y sigilo, llevando además en protocolo reservado un registro donde anotarán, precisamente de su letra y bajo numeración especial, el otorgamiento del testamento: Salvo los casos en que proceda por derecho, no podrán los Escribanos y Notarios devolver los testamentos cerrados á otra persona que no sea el mismo testador, de quien recogerán el oportuno recibo, que unirán al protocolo, extendiendo en él la correspondiente nota.

El Reglamento del Notariado, en su art. 92, prescribe que los Notarios pueden recibir en depósito los documentos, valores y cantidades que los particulares y Corporaciones quieran confiarles, bien como prenda de sus contratos, bien para su custodia. La admisión de estos depósitos es voluntaria, y el Notario podrá

imponer condiciones al depositante, las cuales se expresarán en el recibo ó documento de resguardo que el Notario expida. El párrafo 3.° del núm. 6.° de los Aranceles Notariales de 8 de Septiembre de 1885 dispone que si el testamento cerrado quedare depositado en poder de Notario, cobrará, además de los derechos del otorgamiento, 20 pesetas.

Con estos antecedentes se redactó el art. 710 del proyecto de 1882, del que es copia literal el 711 del presente Código.

Algunos comentaristas encuentran algo depresivo para la dignidad profesional del Notario el que se le exijan tantos requisitos, sospechosos de falta de confianza en el mismo, cuando el testamento cerrado ha de quedar depositado en su poder, puesto que habrá de expedir un recibo á favor del testador, haciendo constar al margen ó á continuación de la copia del acta de otorgamiento, que el pliego testamentario queda sometido á su custodia; y en cambio, al particular á quien el mismo testador hace depositario de aquél, ningún resguardo ni garantía se le pide.

No creemos tan desacertado al legislador español en el presente caso: Al Notario, como funcionario público que es, pudo el primero señalarle obligaciones relativas al mejor desempeño del cargo que ejerce, dada la índole y naturaleza de éste y en bien de los muy importantes intereses sometidos á su cuidado y misión; al particular, por lo mismo que lo elige el testador, como individuo de su mayor confianza y en consideración á la cual se desprende del pliego que contiene su última voluntad, no se le podían demandar otras medidas garantizadoras de la devolución del testamento, que las generales que dimanan del vínculo jurídico ú obligación contraídos también particularmente con el testador. ¿Cómo puede afirmarse con exactitud que á dicho particular, en el caso sobre que discurrimos, no se le imponen deberes de ningún género? Pues qué, ¿no es un depositario de cosas muebles, y, por lo tanto, no cae de lleno en la disposición del art. 1.761 del presente Código y en el 1.763, donde se define que es depósito voluntario aquel en que se hace la entrega por la sola voluntad del depositante? Ese depositario, según los artículos 1.766 y 1.769, entre otros, está obligado á guardar la cosa y devolverla al depositante ó á sus causa-habientes ó á la persona que se designara en el contrato, cuando le sea pedida, aunque se hubiese fijado un plazo ó tiempo determinado para la devolución, ó á indemnizar

en otro caso los consiguientes daños y perjuicios: Si la cosa depositada se entrega cerrada y sellada, debe restituirla el depositario en la misma forma, y responderá de los daños y perjuicios si hubieren sido forzados los sellos ó cerradura por su culpa. Y además, el depositario particular de un testamento cerrado puede incurrir, por la desaparición ú ocultación de éste, en la responsabilidad criminal, si para ello existen méritos suficientes.

¿Qué delito se cometería en el supuesto último caso y en qué parte del Código penal hallaremos su correspondiente sanción? El de infidelidad en la custodia de documentos no podrá ser, porque, según los tres artículos que lo regulan en dicho Código, sólo puede verificarse por funcionarios públicos; en todo caso serían aplicables al Notario de cuyo poder faltase algún pliego testamentario cerrado, aun recibido con los requisitos fijados por el párrafo segundo del art. 711 del Código civil. Y como no sería justo dejar sin corrección penal un hecho que muy bien pudiera presentar los caracteres de altamente criminal y origen de incalculables perjuicios producidos con maliciosa ó perversa intención, constituiría un absurdo no darle cabida en alguna parte del cuadro de delitos que establece el libro II del correspondiente Código. Puede incluirse el referido delito que cometiera el depositario particular en la sección *«De las estafas y otros engaños»*, cuyo art. 548, núm. 6.°, castiga á los que, en perjuicio de otro, se apropiaren ó distrajeren efectos ó cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito ó por otro título que produzca obligación de entregarla ó devolverla. Y cuando no sea posible aplicar esta disposición, cabe acudir al capítulo de los daños, porque, dada la generalidad de la definición del art. 575, bajo su concepto y sanción penal deben incluirse las acciones punibles dañosas que no estén ya previstas y penadas en otra parte del Código. Y que no vamos equivocados en esta última opinión, nos lo dice la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Octubre de 1889, declaratoria de que la total destrucción de un proceso, con el fin de lograr la impunidad de los que en él aparecen procesados, excluye todo concepto de estafa ó defraudación, debiendo calificarse el hecho en cuestión como delito de daños, caso este muy análogo al que nos ocupa. Y además, para mayor evidencia, el art. 578 del referido capítulo de daños castiga la *destrucción de papeles ó documentos cuyo valor fuere estimable*. De suerte que por el citado ar-

tículo 548 (núm. 6.º) ó por algunos de los 575 á 579 inclusive, del *capítulo VIII, tít. XIII, libro II* del Código penal, se habrá de castigar la desaparición, ocultación ó destrucción dolosas del pliego testamentario cerrado, cuya custodia el testador encomendara á un particular. Además, esa tercera persona, según la última parte del art. 713, perdería todo derecho á la herencia y aun el que tuviera como heredero *ab-intestato* ó como heredero ó legatario por testamento, si ocultase éste dolosamente, lo rompiese ó inutilizase de otro modo.

A los fines que se propone el art. 711 que comentamos, nos parece más aceptable el procedimiento adoptado por el Código mejicano (artículos 3.792 y 3.793), con el que concuerda virtualmente el Código portugués (art. 1.929), según el cual, el testador que quiera depositar su testamento en el Archivo judicial, se presentará con él ante el encargado de éste, quien hará asentar en el libro que con este objeto debe llevarse, una razón del depósito ó entrega, que será firmada por dicho funcionario y el testador, á quien se dará copia autorizada; pudiendo hacerse por medio de procurador la presentación y depósito referido, en cuyo caso el poder quedará unido al testamento. Sustituyendo lo del archivo judicial por el notarial, repetimos que hallamos más defendible este último sistema.

Si al testador se le entrega recibo del pliego testamentario que encomienda al Notario, justo es que, si después retira dicho pliego, cancele el asiento con tal objeto extendido en el protocolo reservado.

En el Derecho foral de Cataluña, según ya hemos dicho, el testamento cerrado ha de quedar siempre en poder del Notario.

ART. 712. El Notario ó la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador.

Si no lo verifica dentro de diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia.

Concordancias.—Análogo al art. 571 del proyecto de Código de 1851 y casi igual á los dos primero párrafos del 711 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, ley 11, tít. V, libro II.*—*Fuero Real, ley 13, tít. V, lib. III.*—Todo home que fuere cabezalero de alguna manda, muestrela ante el Alcalde fasta un mes, y el Alcalde fagala leer ante si enteramente; e si el cabezalero esto no ficiera pierda aquello que debia haber el por la manda, y delo por el alma del muerto, e de todo otro home que tubiere hubiere la manda, maguer no sea cabezalero: e si alguna cosa no hubiere en la manda, pechen el diezmo de la manda.

Novísima Recopilación, lib. X, tít. XVIII, ley 5.ª—Todo home que fuera cabezalero de algun testamento, muestrelo ante el Alcalde fasta un mes, y el Alcalde fagalo leer ante si publicamente; y si el cabezalero esto no compliere, pierda lo que debe haber de la manda, y denlo por el alma del difunto: y esto mismo sea de todo hombre que tuviere el testamento, y no lo mostrare ante el Alcalde como dicho es, aunque no sea cabezalero; y si ninguna cosa hobiere mandado en el testamento, pague el daño a la parte y dos mil maravedís para la nuestra Cámara.

Ley de Enjuiciamiento civil.—Art. 1.956. El que tenga en su poder algún testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente, tan luego como sepa el fallecimiento del otorgante.

ART. 713. El que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obra en su poder dentro del plazo fijado en el párrafo segundo del artículo anterior, además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho á la herencia, si lo tuviere como heredero abintestato ó como heredero ó legatario por testamento.

En esta misma pena incurrirán el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador ó de la persona que lo tenga en guarda ó en

depósito, y el que lo oculte, rompa ó inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda.

Concordancias.—Igual al núm. 6.°, art. 617 del proyecto de Código de 1851 y al 714 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del artículo anterior.*

Fuero Juzgo, ley 13, tít. V, lib. II.—La manda del muerto que es fecha por escripto fasta VI meses deve ser manifestada antel Obispo. E si algun omne la ascondiere por enganno e la non quisiera mostrar, peche otro tanto de lo suyo a aquellos que avien a aver aquella manda, quanto les lexara el muerto en ella.

Partida 6.ª, tít. II, ley 2.ª—... E si por auentura alguno de los que tuuiessen el testamento, fuesse rebelde, de manera que lo non quisiesse mostrar por mandado del Juez, deue pechar á aquel, o aquellos que lo demandassen, todo cuanto les fuesse mandado en el testamento; e demas el daño, é el menoscabo que les viniese se por esta razon, porque gelo non quiso mostrar.

Partida 6.ª, tít. VII, ley 17—... Otrosi dezimos, que si algund ome furtasse el testamento, en que le ouiessen fecho alguna manda, que la pierde por esta razon, e que deue ser de los herederos del testador e non del Rey.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 712 Y 713.—Se encuentra ya otorgado, autorizado y debidamente depositado el testamento secreto; y lo que procede ahora es esperar á que ocurra el fallecimiento de su autor, para que se conozcan sus cláusulas ó disposiciones, ya que sólo hasta ese momento deben permanecer ignoradas. Entonces, como podrían hacerse ilusorios los fines de la ley y ser perjudicados grandemente los intereses de quienes resultasen favorecidos por el testador en dicho testamento, se precisa que exista una disposición legal declaratoria, no sólo de la obligación de dar á ese testamento el destino que le está marcado, sino también de las responsabilidades del que, pudiendo hacerlo, por el contrario, dilata la presentación del pliego cerrado y sellado.

Mas esta presentación se exige con el fin de proceder inmediata-

mente á la apertura y protocolización de la disposición testamentaria; de cuyo punto trata el art. 714. Luego parecía más natural que éste hubiere precedido á los dos que vamos á examinar, sirviendo los últimos de aclaración del primero y de medio coercitivo para que dichos actos de apertura y protocolización se practiquen en el más breve plazo y á solicitud de parte interesada. El art. 711 del proyecto de 1882 dispone que el Notario ú otra persona que tenga en su poder un testamento cerrado deberá presentarlo al Juez competente, *para su apertura,* etc.

La declaración primera del art. 712 es casi igual á la que formula el art. 1.956 de la ley vigente de Enjuiciamiento civil; declaraciones obligatorias que la última también hace para que las diligencias de apertura y protocolización del testamento cerrado no se dilaten con perjuicio de muy respetables y quizá cuantiosos intereses.

Todas las legislaciones, en una forma ú otra, previenen este particular, comprendiendo la necesidad de publicar una última voluntad que, de otro modo, quedaría perdurablemente ignorada. El *Fuero Juzgo* satisfacía esa exigencia, ordenando la presentación de la manda ante el Obispo, en el término de seis meses. El *Fuero Real* exigía la presentación ante el Alcalde en el plazo de un mes, cuyo procedimiento también adoptó la *Novísima Recopilación;* y las *Partidas* requerían que el testamento cerrado fuese presentado ante el Juez, para su apertura y publicación.

De suerte que el principio lo vemos adoptado en todo tiempo, aunque se encuentre diversamente regulado según las exigencias de la organización social y administrativa de la época. En nuestros días, ya venía reconociéndose por la jurisprudencia, con anterioridad á la publicación de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, la competencia de la jurisdicción ordinaria, y en concreto, de los Jueces de primera instancia, para entender en el conocimiento de los expedientes de apertura y publicación de testamentos cerrados como actos de jurisdicción voluntaria, y así lo hicimos ver en sentencias citadas en anteriores comentarios. La referida ley Procesal, de acuerdo con la Provisional orgánica del Poder judicial, señala en su art. 63 y regla 22, que es Juez competente para la práctica de las diligencias de apertura de testamentos ó codicilos cerrados el del lugar en que se hubieren otorgado dichos documentos. A ese Juez competente alude la

primera parte del art. 712 del Código. Esto nos indica también otro de los motivos por los que resulta necesaria y sumamente útil la designación del lugar en que se extiende el acta de otorgamiento del testamento cerrado, para determinar por ella la referida competencia.

Se ha variado substancialmente en el Código, respecto á los proyectos anteriores, el procedimiento para comunicar la noticia de la autorización del testamento cerrado, una vez fallecido el testador. El proyecto de 1851 no encargaba al Notario que con tal objeto se dirigiera al Juez; le exigía simplemente que pusiera dicha autorización en conocimiento de las personas interesadas, con toda la posible brevedad, desde que supiera la muerte del testador, imponiendo igual obligación á los testigos en los testamentos excepcionales en que no interviene Notario: Únicamente en el caso de que los interesados fuesen desconocidos ó se hallaren ausentes, el Notario debería participar al Juez el expresado extremo, siendo aquél responsable de los daños y perjuicios que se ocasionaren por su culpa si dejaba de cumplir esa obligación ó la retardaba. El proyecto de 1882 sienta el mismo principio general de nuestro art. 712; pero añade un último párrafo, según el cual, si el Notario ú otra persona que tenga en su poder un testamento cerrado saben ó presumen quiénes sean los herederos y dónde se hallan, les darán confidencialmente noticia de la existencia del testamento. El autor del Código, pensando en nuestro concepto con mayor acierto y conocimiento de la realidad, optó por un sólo procedimiento, que es el más derecho y eficaz. Comprendió que, dirigiéndose directamente á la Autoridad que ha de llevar á cabo la apertura y autorizar la protocolización, se evitaban los rodeos á que aluden los proyectos de 1851 y 1882, se aseguraba más la práctica de esas diligencias de jurisdicción voluntaria y se respetaba mejor la índole del testamento cerrado, porque resulta algo violento el suponer que el Notario ó esa otra tercera persona podrían saber ó presumir cuáles eran los herederos nombrados por el testador secretamente. Hoy, pues, dichas personas no están en el deber de dar conocimiento de la autorización del testamento cerrado á los que pueden resultar interesados, aunque les conste tal particular. Con la Autoridad judicial del lugar del otorgamiento solamente están obligados á entenderse, bajo las responsabilidades que más adelante se establecen.

El Código portugués (art. 1.937) alude al caso de presunción de muerte para los fines expresados. Y nosotros opinamos que, según nuestro Código, del propio modo incumbe al Notario ó tercera persona depositaria del testamento noticiar la autorización de este último cuando sepan que se ha dictado la sentencia en que se declara la presunción de muerte del testador.

El art. 193 dispone que, declarada firme la presunción de muerte, se *abrirá la suceśión* en los bienes del causante, procediéndose á su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaría ó *ab-intestato,* según los casos; luego para llevar á cabo estas medidas es preciso conocer qué clase de sucesión otorgó el presunto muerto, si fué testada ó intestada, y después qué forma de testamento: Y como este extremo quizá únicamente lo sepan el funcionario notarial ó la persona que tenga encomendada la guarda del pliego cerrado, natural es que entonces ha de serles exigible con mayor imperio el cumplimiento del deber prescrito. No importa que el art. 712 hable sólo «*del fallecimiento del testador*»: á éste se equipara jurídicamente, como ya sabemos, la declaración de presunción de muerte, aunque los efectos de ésta pudieran no ser definitivos y hubiera que retrotraer en su día, en lo posible, el estado de cosas creado á como era antes de dictarse las diligencias consiguientes á la declaración de ausencia primero, y después á la de presunción de muerte. Estas consideraciones no puede desconocerlas un Notario ni tampoco cualquiera otra persona á quien el desconocimiento de las leyes no le dispensa de cumplirlas: Y si no, para eso están los que por profesión conocen el Derecho y dirigen su cumplimiento, á fin de que los consulten sobre lo que les corresponde hacer y el destino que han de dar al testamento cerrado que tienen en su poder, después que estén enterados de la sentencia expresada y cuando hayan ya transcurrido los días señalados para considerar aquélla firme, por no haberse ejercitado contra la misma el recurso correspondiente, según la ley adjetiva, ó por haber dictado el fallo Tribunal que en esa materia no tenga otro superior que conozca en apelación ó en otra forma de la que el primero haya resuelto.

La obligación que fija el art. 712, ¿se dirige indistintamente al Notario y á la persona que tenga en su poder un testamento cerrado de modo tal que la una no puede escudarse con la negligencia de la otra, en dirigirse al Juez competente? O en otros términos: el

Notario, por el exclusivo hecho de haber autorizado el testamento cerrado, ¿está en el caso de cumplir lo que prescribe el art. 712? Entendemos que no: Según la construcción gramatical de este precepto, lo que determina y origina la expuesta obligación es el hecho del depósito del pliego cerrado; por lo cual, si el Notario no es al propio tiempo depositario de él, se halla dispensado de ese deber. Es cierto que el verbo «*tenga*» empleado en los comienzos del dicho art. 712, por no hallarse en plural, no comprende á los dos sustantivos que le preceden, pero, aparte de parecernos esto una incorrección sintáxica, mal puede *presentar* el Notario un testamento que no tiene á su alcance; y aunque pudiera, por medio de requerimiento, recogerle del individuo que lo tuviese en depósito, más natural y justo es que entonces se imponga al último la obligación de presentar el pliego al Juez competente. También encontramos defendible el procedimiento de recurrir á la acción judicial para lograr dicha presentación en virtud de requerimiento hecho á quien tenga ese pliego en su poder y se niegue á entregarlo; porque, aunque sobre éste recaerían indudablemente todas las responsabilidades del orden civil y criminal que fueran de justicia, no por ello había de quedar á merced de un mal intencionado y negligente la eficacia de muy importantes derechos é intereses, cuya efectividad únicamente pendiera de la apertura y protocolización del testamento de que se trata.

El término de diez días fijado por el artículo que comentamos en su apartado segundo, es el mismo plazo establecido por el artículo 690 para la presentación del testamento ológrafo.

El proyecto de 1882 y la adición primera del Código vigente hubieron de referirse á los daños y perjuicios *que se ocasionasen por la dilación* de los presentantes.

El art. 712, en su redacción actual, se vale del concepto más concreto de *negligencia*, contraponiéndolo al de *dolo*, empleado en el artículo siguiente.

Muy difícil será determinar en la práctica el importe de los daños y perjuicios que lleguen á producirse á los partícipes hereditarios ó interesados en el testamento, de cualquier especie que sean; é indudablemente este particular será objeto en el correspondiente litigio de apreciaciones muy encontradas y diversas, habiendo de ser muy distintas y variadas las circunstancias que la realidad ofrezca en cada caso concreto. El hecho del

daño y perjuicio será fácil apreciarlo; pero en multitud de ocasiones resultará casi imposible valuarlo. Un menor de edad, por ejemplo, á quien su padre deje nombrado tutor en el testamento, por ignorarse la existencia de éste y no haberse cumplido la obligación á que se refiere el art. 712, puede ser sometido á una tutela legítima; hallado y abierto el testamento, la última tutela se dejará sin efecto, por haber de declararse preferente la testamentaria: El perjuicio aquí se manifiesta con toda evidencia, pero el valor del mismo, ¿se averiguará tan fácilmente? ¿Consistirá quizá en los desembolsos originados por la práctica de las diligencias consiguientes á la formalización judicial de dicha tutela legítima? Parece que sí. ¿Se extenderá la cuantía del daño ó del perjuicio á los producidos por la mala administración del tutor legítimo? ¿Cómo se graduarán éstos? Cuestiones son que habrán de dilucidarse en cada problema litigioso, según los datos y condiciones individuales que puedan acreditarse y se aporten á los autos.

Para tales fines conviene tener presente que la prescripción como institución jurídica puede también perjudicar ó favorecer á la herencia, según el tiempo y modo como ésta aparezca transmitida y aceptada; debiendo cuidarse de que prevalezca el principio según el cual todos los efectos jurídicos de la sucesión testamentaria han de referirse al momento de la muerte del causante, á no ser que á ese principio se opongan otras declaraciones del Derecho, cuya preferencia esté afirmada ó se deduzca del examen é interpretación armónica de diversos preceptos del mismo Código ó de otras leyes con él relacionadas.

El art. 712 alude á toda clase de personas que pueden ser depositarias del testamento cerrado: El 713 concrétase á los que, de cualquier modo, son interesados en la herencia. Estos últimos, como cuentan con más elementos donde hacer gravitar la pena por el incumplimiento del deber prescrito en dicho art. 712, lógico es que sufran con mayor rigor las consecuencias de su conducta, y sobre todo, cuando sea dolosa. Injusto parecería, en efecto, que el que empezó siendo infiel á la memoria de su favorecedor, ya difunto, retrasando la observancia de su última voluntad que aquél quiso que sagradamente se cumpliera desde el instante de su fallecimiento, y no facilitando ni permitiendo el que otro interesado la pusiera en ejecución, llegara á disfrutar, á

pesar de todo, de las ventajas de la herencia. Esto parece que repugna á las más rudimentarias nociones morales.

Por tanto, así como el art. 756 del Código considera incapaces de suceder á los que con amenazas, fraude ó violencia, suplantaren, ocultaren ó alterasen otro testamento posterior, muy puesto en justicia juzgamos que al que impida ó dilate que el testamento cerrado se abra y protocolice (requisito sin el cual no puede llevarse á ejecución, ni menos conocerse su existencia), además de responder de los daños y perjuicios que ocasionare por su negligencia, pierda toda la cuota hereditaria que, ya como heredero *ab-intestato,* ó ya como heredero ó legatario testamentario, le corresponda. Háblase de la cuota del heredero *ab-intestato,* porque se trata de dar á entender que el testamento cerrado puede no llegar á presentarse al Juez, por lo cual sea preciso declarar la sucesión intestada del autor de aquél. Esa cuota comprende, como habrá de suponerse, la que está asignada únicamente á los que el Código califica de herederos forzosos.

Ya en otra parte de estos comentarios hemos explicado la significación de la voz «*dolo*», el cual, según el art. 1.269 del Código, existe cuando con palabras ó maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro á celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho; definición en nuestro concepto menos expresiva que la que el Rey Sabio da en las Partidas, diciendo que el «*dolo tanto quiere decir como engaño, e engaño es enartamiento que facen los omes los unos á los otros, por palabras mentirosas ó encubiertas, e coloradas con intencion de los engañar e de los decebir*». Sin embargo, estas ideas aplicadas á la materia de testamentos no admiten apropiación adecuada, porque parecen suponer la existencia de dos personas por lo menos, una de las cuales emplee esas malas artes para con la otra, y en el testamento, sobre todo en el caso que prevé la primera parte del art. 713, no es tan fácil que concurran esas dos personas.

La acción dolosa, según queda explicada, se comprende mejor en el supuesto del párrafo 2.° de dicho artículo, como luego veremos. Pero el hecho de dejar de presentar el testamento cerrado no es tan fácil considerarlo producto de dolo, sino cuando el depositario de aquél, por ejemplo, hizo creer á los que tenían interés en la herencia ó á cualquier otro que le indagara sobre el particular, que él no era tal depositario, sino que, por el contra-

rio, desconocía hasta que el difunto hubiera testado. En este caso es indudable la oportunidad de aplicación del art. 713 en su primer apartado.

Hay otras muchas formas de obrar dolosamente, no dando á esta idea la significación restringida legal que referimos; y sin embargo, no sería justo que quedaran eliminadas de la sanción del Código. El depositario del testamento, interesado además en la herencia, puede por cualquier motivo retardar maliciosamente la presentación de aquél, sin necesidad de engañar á nadie, bastando sólo con su omisión, con su pasividad para dificultar la apertura y protocolización de la última voluntad. Es decir, además de la simple negligencia á que se refiere el art. 712, puede procederse con negligencia maliciosa, mal intencionada, con el fin de perjudicar á otros herederos ó legatarios á quienes urge se les reconozca tal cualidad. Por esto es necesario, tratándose de testamentos, ampliar prudentemente la esfera de comprensión de la idea «*dolo*», amoldando su concepto á la naturaleza diversa de los actos y circunstancias que de aquéllos pueden surgir. El legislador, indudablemente en el art. 713, quiso referirse, al hablar de acción dolosa, á toda aquella que envuelva un propósito inmoral, torcido, mal intencionado, digno de severa corrección.

No es tampoco nueva en nuestro Derecho la doctrina que explicamos. Desde el *Fuero Juzgo* hasta los últimos proyectos españoles se ha venido señalando muy análoga sanción al que burlaba la fidelidad que en él depositara el testador al hacerle guardián de su última voluntad.

Y ¿á quién pasará esa cuota hereditaria que deja de percibir, en el supuesto expresado, el depositario del testamento? Esta pregunta debe contestarse, á nuestro juicio, según las reglas de la testamentifacción pasiva, porque, efectivamente, se considera indigno de suceder á quien incurre en la falta de que venimos tratando. En tal sentido, debe añadirse esa causa de incapacidad por indignidad á las que menciona el art. 756 del Código, una de las cuales, la sexta, es muy semejante á aquélla. Por lo tanto, bien sea un heredero, ó un legatario, y ya el incumplimiento á que se refieren los artículos 712 y 713 produzca simplemente el retraso, ó dé lugar á la sucesión *ab-intestato*, se verificará en el caso referido el derecho de acrecer, adquiriendo la cuota hereditaria del que dejó de presentar á tiempo el pliego cerrado, sus copar-

tícipes en la herencia, con arreglo á lo dispuesto en la *Sección 3.ª, capítulo V del presente tít. III.*

Tratándose de la sucesión testamentaria, procederá ese derecho cuando la persona á quien se refiere el art. 713 no hubiese sido instituída heredera ó legataria en determinada parte de la herencia; pues si no, es de aplicación el art. 986, según el cual, procedería entonces adjudicar la porción vacante del instituído, si no se le hubiere designado sustituto, á los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones. Ya prevé el núm. 2.º del art. 982 que uno de los casos en que habrá lugar al derecho de acrecer es aquel en que sea incapaz quien ha de recibir la herencia.

De mayor significación y gravedad conceptuamos la hipótesis á que alude el párrafo segundo del art. 713. Dado el supuesto del párrafo primero, puede confiarse en que, á pesar de la dilación, no se haga imposible la sucesión testamentaria en la forma dispuesta por el testador; por el segundo es difícil que eso se consiga. De aquí que en un caso nada se diga respecto á responsabilidad criminal, y en el otro se recuerde la aplicación de ésta, además de la civil que ya especifica el referido apartado segundo.

Observa un comentarista del Código la diferencia que se nota entre las dos categorías de hechos que establece dicho apartado; sólo la primera está calificada por el adverbio «*dolosamente*»; de suerte que no es necesario que concurra dicha modalidad cuando se oculte, rompa ó inutilice en otra forma el testamento cerrado. Esta diversidad de lenguaje la encontramos perfectamente explicable. La sustracción del pliego del domicilio del testador ó de la persona que tiene aquél en guarda ó depósito puede realizarse con motivo lícito, ó por lo menos indiferente, sin propósito alguno de dilatar el cumplimiento de la obligación regulada por el art. 712, ni de perjudicar á los interesados en la herencia; con el fin, por ejemplo, de examinar la contextura, forma del cierre, clase de los sellos, etc., de dicho pliego. Para que entonces nazcan responsabilidad civil y criminal, es preciso que aquél se sustraiga *dolosamente,* con engaño, maliciosamente, haciendo ver al testador ó á cualquiera otro depositario del pliego que precisa de éste el sustractor para fines lícitos, cuando en realidad es para hacerlo desaparecer, ya por completo, ó ya impi-

diendo el que en su debido tiempo pueda ser abierto y protocolizado.

Mas la ocultación, la ruptura, la inutilización del pliego, ya suponen, por sí solos, acciones criminales, sin que les acompañe la modalidad del dolo, porque ésta va comprendida en tales hechos. Por esto constituiría una evidente superabundancia de frase el expresar que dicha ocultación, ruptura é inutilización habrían de hacerse dolosamente, para que procedieran las responsabilidades más graves á que antes aludimos. El legislador se ha esmerado en la redacción del apartado segundo del art. 713; y no creemos, como por alguno se pretende, que haya duda en la inteligencia de dicha disposición, ni que exista tampoco palabra de menos, necesaria para su completo y perfecto sentido.

El que sustrajere dolosamente, ocultare, rompiere ó inutilizare de cualquier otro modo un testamento cerrado, podrá incurrir en los delitos de hurto, robo ó daños; en el primero, si verifica la sustracción sin violencia ni intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas; en el segundo, cuando se empleen estos medios, y en el tercero, si llevare á cabo la ruptura ó inutilización en la forma prevista en el *art. 8.°, tít. XIII, libro II del Código penal.*

Del procedimiento criminal en tales casos se derivarán las reponsabilidades consiguientes de indemnización de daños y perjuicios á que se refiere el art. 712.

ART. 714. Para la apertura y protocolización del testamento cerrado se observará lo prevenido en la ley de Enjuiciamiento civil.

Concordancias.—Análogo á los artículos 594 á 596 del proyecto de Código de 1851, é igual al 713 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los de los dos artículos anteriores.*

Partida 6.ª, tít. II, ley 1.ª—En poridad e con escritura seyendo fecho el testamento, pueden aquellos á quien es mandado algo en el demandar ante el juez, quel abran seyendo muerto el

que fizo el testamento. Pero el que esto demanda, deue jurar primero, que lo non faze maliciosamente, mas por cuydar que en aquel testamento yaze alguna cosa, que le fué mandada a el, o a aquel por quien lo demanda. Esto es por aquel testamento non pertenece tan solamente a vn ome solo, maguer sea heredero, mas a todos aquellos a quien es mandada alguna cosa en el. E por ende pleyto, nin composición, que fiziessen entre si, aquellos que cuydassen auer alguna cosa en el testamento, non deue valer, fasta que sea abierto ante el juez. Ca non podria ser sabida la verdad ciertamente, de lo que es escrito, e mandado en el testamento, a menos de ser abierto. E por ende podria acaescer, que rescibirian algunos engaño, en la composicion que fiziessen ante.

Partida 6.ª, tít. II, ley 2.ª—Pedir puede delante el juez, qualquier de los que dize en la ley ante desta, que abran el testamento desque fuere finado aquel que lo fizo. E si el testamento fuere en la villa, ó en el lugar, do lo pidieren, deuelo fazer aduzir el juez ante sí, é abrillo luego, assi como adelante mostraremos. E si fuere á otra parte, deueles poner plazo á los que lo touieren, á que lo aduzgan; e desque lo aduxeren, deuelo otrosi abrir...

Partida 6.ª, título II, ley 3.ª—Abierto deue ser el testamento delante del juez ordinario, e de los testigos que son escritos en el. Pero en ante quel juez lo mande abrir, deue saber dellos, si es aquel el testamento en que pusieron sus sellos, ó fizieron poner, o en que escriuieron sus nomes. E los testigos deuen conoscer si son aquellos sus sellos: e si la mayor partida dellos dixeren, que pusieron los sellos en el testamento, deue ser abierto ante ellos, e leydo: maguer todos non se acertassen y. E despues desto deuelo embiar a aquellos que non fueron presentes, que conozcan sus sellos, si fuessen dolientes, o personas muy honrradas, o si fuessen en otra tierra, que non pudiessen ser llamados, nin venir sin grand trabajo. E si acaesciese que alguno destos testigos negasse, que non pusiera su sello en el testamento, no lo deuen dexar por eso de abrir, como quier que alguna sospecha sea contra el testamento, por el niego de aquel testigo. E si por auentura el juez non pudiesse auer los testigos ante quien fue fecho el testamento, para abrirlo ante ellos, porque fuessen todos ó la mayor partida dellos en otra tierra: estonce dezimos que si el juzgador entendiesse que podria acaecer algund

daño ó algund embargo por razon que el testamento non se abriesse, ante que aquellos testigos pudiessen venir que deue facer venir ante si omes buenos, e abrir el testamento ante ellos, e desque fuere abierto, deuelo mandar trasladar e leer. E de si, deue cerrar el testamento e mandar que aquellos omes buenos que pongan sus sellos en el. E en esta guisa se puede abrir el testamento maguer non este delante ninguno de los testigos ante quien fue fecho. Pero despues que vinieren los testigos, deueles mostrar el testamento que conozcan los sellos, e si fueren a otra parte embiarselo alla segund de suso diximos. E deuen ellos jurar que digan si es aquel el testamento que ellos sellaron, e onde fueron testigos. E desque aya tomado la jura, deuen fazer trasladar el testamento en su registro e los dichos de los testigos que dixeron quando juraron ó en essa misma carta en que esta escrito el testamento, si ouiere y pargamino tanto en que se pueda escreuir lo que dixeron. E despues desto deue dar traslado del testamento á aquellos á quien es algo mandado en el, si gelo demandaren.

Partida 6.ª, tít. II, ley 5.ª—Pero si aquel que fiziesse el testamento, vedasse que non abriessen alguna parte, como si dixesse: Tal cosa que yo establesco en el mio testamento, mando que non sea abierto, ninguna cosa, nin publicada fasta á atal tiempo, ó fasta á tal dia; o si dixesse: Maguer lo abran, mando que non den traslado de tal cosa que y esta escrita, a ome del mundo: ca en aquella manera que el mandare, assi lo deue el juez guardar. Otrosi dezimos, que el juez non deue dar traslado de aquello que el entendiesse en el testamento, de que podria nacer peligro alguno, maguer el fazedor del testamento non lo ouiesse vedado.

Partida 6.ª, tít. II, ley 6.ª —Dvbdarian algunos, por que razon se moueria el fazedor del testamento, a vedar que lo non abriessen todo, o parte del, assi como diximos en la ley ante desta. Onde para sacarlos desta dubda, queremoslo aqui dezir: edezimos, que si el testador ouiesse su fijo, que fuesse menor de catorze años, si le estableciesse por su heredero en tal manera, que si el moço muriesse antes deste tiempo, que heredasse todo lo suyo otro alguno que nombrasse señaladamente en el testamento, por que sospechasse el fazedor del, que este atal se trabajasse de muerte del moço (porque heredasse sus bienes)

quando esto sopiesse, por esta razon vedaria que lo non abriessen fasta quel moço ouiesse catorce años. E la manera que mostraron los sabios antiguos, para esto mejor fazer es esta: assi como si el testador escreuiese, o fiziesse escreuir encima de la carta del testamento aquella razon, que vedasse que non abriessen, e la cerrasse, e la sellasse e escreuiesse sobre la plegadura de la carta, como defiende que aquella parte del testamento, que non la abriessen fasta adgund tiempo, o dia cierto e dende ayusso de la carta escreuiesse aquella parte que el quisiese que fuesse abierta despues de su muerte: ca en aquella manera deue ser guardado e abierto el testamento, como mandara aquel que lo fizo, e non en otra manera.

Comentario.—El testamento cerrado necesita de las solemnidades complementarias á que se refiere el art. 714, con dos objetos muy principales. *Primero:* para su publicación, que es imprescindible, dada su condición de secreto, y una vez ocurrido el fallecimiento del testador; y *Segundo:* para que este simple documento privado, toda vez que el acta de la carpeta no le hace variar de naturaleza, pueda ostentar por medio de la protocolización los caracteres de escritura pública, irrebatible en juicio y con eficacia suficiente para merecer la consideración de valedera y auténtica, sin reconocimiento alguno de los interesados ni adición de ninguna otra formalidad.

El hecho de la apertura y publicación es el primero y el más preciso é indispensable. De aquí que las legislaciones de todos los países y tiempos lo han previsto. En el Derecho romano hay disposiciones abundantes sobre el particular en las leyes de los *títulos XXXII, libro VI del Codex*, y *III, libro XXIX del Digesto,* que se ocuparon de la apertura de testamentos cerrados. En los *Precedentes legales* de nuestros artículos 712 y 713 pueden verse los preceptos del *Fuero Juzgo*, *Fuero Real* y *Novísima Recopilación*, que tratan también de esta materia. El Código del Rey Sabio, según comprueban las leyes anotadas al pie del artículo que comentamos, previó minuciosamente todas las incidencias y detalles de la apertura y publicación de testamentos, hasta el punto de constituir un cuerpo completo de doctrina, que al autor de nuestra ley de Enjuiciamiento civil le bastó copiar, adaptándola

á la organización judicial hoy vigente, para dejar colmadas todas las exigencias y dudas que la práctica pudiera ofrecer.

De suerte que, fuese el Pretor, el Obispo, el Alcalde, el Juez ordinario ó nuestros Jueces de primera instancia, en todas épocas hubo de confiarse á un representante del Poder público la misión de dar á conocer las disposiciones del testamento secreto, para ponerlo en las mismas condiciones del abierto, después de ocurrida la muerte del testador.

El Código civil no ha tenido necesidad de trocar su naturaleza de ley sustantiva en la de ley adjetiva, cual lo hiciera con el testamento ológrafo, para reglamentar la materia de que tratamos. Se encontró con un ritual establecido y acertadamente desenvuelto, y lo aceptó de buen grado, respetando así á la ley procesal en su verdadera misión de reguladora del procedimiento para hacer efectivos los derechos creados por el Código sustantivo.

Las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil á que se refiere el art. 714, son las que constituyen el *tít. VI, libro III*, que se titula: «*De la apertura de testamentos cerrados y protocolización de las memorias testamentarias*». Para nuestro objeto nos basta con la primera parte de ese título.

Empieza el art. 1.957 señalando un derecho que no estaría demás incluído en el Código, por el carácter civil y sustantivo que en cierta manera ostenta. El art. 712 de aquél ya sabemos que impone al Notario ó al que tuviere en su poder un testamento cerrado la obligación de presentarlo al Juez competente. A continuación de este precepto, y hasta como una aclaración del mismo, bien pudo el autor del Código, si es que con tal prescripción estaba conforme, disponer, como dice la ley procesal, que también pudiera pedir la expresada presentación el que tuviere conocimiento de haber sido otorgado el testamento y obrar en poder de tercero: Siendo el reclamante persona extraña á la familia del finado, jurará que no procede de malicia, sino por creer que en él puede tener interés por cualquier concepto.

Y que esta disposición ha quedado hoy vigente, á pesar de aparecer omitida en el Código civil, nos lo comprueba el hecho de que en ella se establece la concesión de un derecho ó facultad que en ningún modo contradice ni es incompatible con la obligación que prevé el citado art. 712 del Código; antes lo complementa y

explica. Además, esa facultad guarda consonancia perfecta con la índole del procedimiento y consideración jurídica que envuelve la apertura de una disposición testamentaria, ocurrida la muerte de quien la escribió; y está virtualmente contenida en la legislación antigua consignada en los *Precedentes legales*. Por otra parte, obsérvese que el derecho que regula el art. 1.957 de la ley de enjuiciar se otorga en consideración al interés que *presume* tener el reclamante en lo dispuesto por el testador, y en este sentido no debe extrañar que se le conceda personalidad para iniciar el oportuno expediente de jurisdicción voluntaria, cuando lo propio se ha hecho con respecto á los testamentos ológrafo y público. De suerte, y en conclusión, que tal precepto no se opone á ninguna de las nociones fundamentales que sobre el particular hemos expuesto en comentarios anteriores.

La presentación del pliego testamentario cerrado ante el Juzgado puede hacerse con instancia escrita, en que se solicite la apertura y protocolización, previos los trámites oportunos que la ley señala ó por medio de una simple comparecencia. El art. 1.816 de la ley procesal, comprensivo de prescripción común á todo acto de jurisdicción voluntaria, declara que se admitirán, sin necesidad de solicitud ni otra solemnidad alguna, los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren. Esa comparecencia puede hacerse ante uno de los Escribanos del Juzgado respectivo, que no podrá negarse á ello en modo alguno. Ya sea en esa forma ó acompañando solicitud en pliego de papel de dos pesetas, á los efectos de la ley del timbre (á no ser en los territorios en que ésta no tiene aplicación), se solicitará asimismo que los testigos y Notario que aparezcan firmando en la carpeta del testamento sean citados judicialmente, si se sabe que no han de venir por su propia voluntad, á fin de indicar al Juez cuál ha de ser su conducta en este sentido.

A continuación de la comparecencia ó de la instancia, el actuario, previo examen del pliego que contiene el testamento, extenderá diligencia en que describirá su estado, haciendo relación minuciosa de los motivos que existieran, en su caso, para poder sospechar que haya sido abierto ó sufrido alguna alteración, enmienda ó intento de fractura. Tal diligencia la firmarán dicho funcionario y el presentante, y si éste no supiere, ó no quisiere, un testigo á su ruego en el primer caso, y dos testigos

elegidos por el actuario en el segundo. Encontramos muy oportuna la extensión de esta diligencia, tratándose de la importancia que tiene el poder dejar acreditados esos extremos para los efectos del procedimiento y de la validez ó nulidad de la disposición testamentaria contenida en el sobre, y hasta con el fin de no hacer responsable al Juzgado de desperfectos ó propósitos de quebrantamiento que en aquél se notaren, y que hayan sido observados y hecho constar en la diligencia judicial extendida por el Escribano. El presentante podrá cerciorarse de si ésta describe con exactitud y fidelidad el estado en que recibe el pliego cerrado, y firmará dicha diligencia, en prueba de que juzga exacta la reseña.

Recordamos en este momento que, al tratar de la protocolización del testamento ológrafo, expusimos la doctrina que de una resolución del Tribunal Supremo se desprendía, para el caso en que el testamento fuera recibido en el Juzgado por el correo ó en otra forma, pero sin ser presentado por persona alguna determinada. Como el Juez en casos tales no puede ni debe proceder de oficio, sino por virtud de una solicitud que le dirija y presente *uno*, que ha de ser ó presumir ser interesado en el testamento, el Notario autorizante ó el que tenga aquél en su poder, serán forzosamente los que deben presentarse al Juzgado con el pliego cerrado, bajo la prevención, que la ley virtualmente supone, de que en otro caso no se dará curso á la petición, ni se iniciará el oportuno expediente. En el expresado lugar igualmente hemos indicado el procedimiento que en este caso procede adoptar.

Acto continuo (es decir, en la misma audiencia, si la presentación del testamento se hiciere durante las horas que para aquélla haya señalado cada Juzgado, ó en la audiencia inmediata si el presentante compareciese con tal objeto fuera de dichas horas), el actuario, según el art. 1.959, dará cuenta al Juez, el cual, acreditado el fallecimiento del otorgante, acordará que, para el día siguiente, ó antes si es posible, se cite al Notario autorizante y á los testigos instrumentales. El fallecimiento, ya tenemos también dicho en otra parte que sólo podrá acreditarse con la correspondiente partida ó certificación del Registro civil, la cual se acompañará con la instancia inicial ó la llevará consigo el presentante al pedir por comparecencia ante el actuario la apertura y protocolización del testamento con los demás particulares consiguientes á éstos.

Dispone el art. 1.960 que, comparecidos los testigos, se les pondrá de manifiesto el pliego cerrado para que lo examinen, y declaren bajo juramento si reconocen como legítima la firma y rúbrica que con su nombre aparecen en él, y si lo hallan en el mismo estado que tenía cuando lo firmaron: Si alguno de los testigos no supiera firmar y lo hubiera hecho otro por él, serán examinados los dos, reconociendo su firma el que la hubiere puesto. En ese precepto, ó se encuentra por olvido ó error omitido el Notario, ó no comprendemos, si no, con qué objeto se le cita ante el Juzgado, ni por qué, en el caso de haber fallecido, ha de cotejar el Juez (art. 1.963), asistido de peritos, de su exclusivo nombramiento, el signo, firma y rúbrica del pliego ó carpeta, con las estampadas en la copia que debe existir en el Registro especial de los testamentos cerrados. Indudable es que la ley obliga también al Notario autorizante á que reconozca, como los testigos, su firma y signo.

A propósito de este particular, confesamos que no podemos hallar cumplida explicación á la doctrina ó parecer que el jurisconsulto Gibert, en su *Teoría del Arte de Notaría,* expone al desaprobar claramente que se aplique el procedimiento de que estamos tratando á los testamentos cerrados depositados en poder del Notario que los autorizó. Convenimos, sí, con dicho autor, en que á aquél se le exigen formalidades que pugnan en cierto modo con la índole de su profesión, la cual comunica autenticidad plena, sin necesidad de confirmación alguna posterior, á los actos y documentos en que interviene, siendo innecesario que se le haga reconocer su firma y signo; mucho más cuando el pliego cerrado permaneció simpre en su poder, desde su autorización hasta que fué presentado al Juez. Pero no adivinamos los motivos por los que el distinguido jurisconsulto citado sostiene que el procedimiento de la ley de Enjuiciamiento civil, que en este comentario examinamos, no debía aplicarse más que con relación al pliego testamentario presentado por un particular; y que, por tanto, como añade también el Sr. Falguera, profesor de Notaría de la Universidad de Barcelona, en nota puesta á la referida obra, el Código procesal no alude más que á esa última clase de testamentos, habiéndose aclimatado en el día una práctica abusiva, contraria á las leyes y á la sana razón.

Esta última observación, sobre todo, contradice, en el terreno

del Derecho positivo, á la literalidad y espíritu del *tít. VI, libro III* de la tan citada ley adjetiva, la cual no distingue, ni mucho menos, los casos de que el testamento, cuya apertura y protocolización se pretende, hubiera estado en poder del Notario que lo autorizó ó de un simple particular. Y en cuanto á los demás extremos, cualesquiera que fueran el alcance y entidad de las consideraciones y prerrogativas que á la profesión notarial se deben, y que somos los primeros en tratar de conservar y aumentar, si preciso fuera, las operaciones de apertura y publicación del testamento secreto habría siempre de realizarlas persona que, para garantía de todos, representara á la Autoridad. De desear sería, en sentir de algunos, que el Notario desempeñara ese papel; pero, aparte de que la jurisprudencia viene ya desde mucho tiempo otorgando á la jurisdicción ordinaria la competencia para intervenir en tales actos, éstos son indudablemente de la naturaleza de los que define, como de jurisdicción voluntaria, el art. 1.811 de la ley de enjuiciar, y, por tanto, su conocimiento, según el organismo procesal vigente, en su primer grado, corresponde á los Jueces de primera instancia respectivos.

Los testigos, según los artículos 1 961 y 1.962, serán examinados por orden sucesivo é interrogados sobre la edad que tenían en el tiempo del otorgamiento; y si alguno ó algunos hubieren fallecido ó se hallaren ausentes, se preguntará á los restantes si lo vieron poner su firma y rúbrica, examinándose además á otras dos personas que conozcan las expresadas firma y rúbrica del fallecido ó ausente, acerca de su semejanza con las estampadas en el pliego. Si esto último no pudiera tener lugar, será abonado el testigo en la forma ordinaria.

Extráñanos que la ley exija sólo el que se averigüe la edad de los testigos al otorgarse el testamento, cuando, para que resulte completamente acreditada la idoneidad de aquéllos, son precisas otras muchas condiciones (las que indirectamente refiere el art. 681 del Código civil), además de la edad. De suerte que, ó se da completa fe al testimonio del Notario, si es que en el acta que extendió en la carpeta del testamento cerrado dejó consignadas todas las circunstancias personales, de las que se derive la perfecta capacidad del testigo para intervenir como tal en este acto, y con relación solamente á ese tiempo, y en ese caso el Juez debe prescindir de hacer preguntas sobre esos extremos á los tes-

tigos en las diligencias de jurisdicción voluntaria, ó la exigencia del art. 1.961 significa un evidente contrasentido, al limitar las indagaciones á la edad del testigo en el día del otorgamiento: Y mucho más cuando al publicarse la ley de Enjuiciamiento civil, ya se sabía por el Derecho anterior que para testificar en testamentos se requerían más requisitos que el de la edad.

La exigencia del art. 1.961, de que los testigos han de ser examinados por orden sucesivo, indica que dicho examen sea individual, no que las declaraciones se presten por los referidos testigos á un mismo tiempo. No existe aquí la prescripción, de que ya tratamos al regular la elevación á escritura pública del testamento otorgado de palabra, relativa á que no se proceda á la información testifical si no se hallan en el local del Juzgado todos los que en ella han de intervenir, para no hacer posible la confabulación entre los mismos. Tampoco se habla de expedir el exhorto, en su caso, á fin de que declaren los ausentes en el punto donde se encuentren; porque á éstos, según el art. 1.962, se les dispensa de declarar, bastando que los compañeros que hubieren intervenido en el otorgamiento del testamento certifiquen de la semejanza de la firma y rúbrica de los primeros.

Cuando el Notario y todos los testigos hubieren fallecido, no por eso se hace imposible la prosecución del expediente. Dispone el art. 1.964 que en ese caso se abrirá información acerca de dicha circunstancia, de la época de la defunción, concepto público que merecían los ya difuntos, y de si se hallaban en el pueblo cuando se otorgó el testamento. Para el cumplimiento de ese extremo, como del que comprende el art. 1.962, el que provoque la formación del expediente debe participar al Juez los nombres, domicilios y circunstancias convenientes de las personas con quienes ha de practicarse dicha información (procurando que el número de aquéllas no baje de tres) y de las que han de comparecer, en lugar del testigo ó testigos fallecidos ó ausentes; manifestando además, en uno y otro caso, si dichos individuos han de presentarse voluntariamente á la presencia judicial, ó deben ser citados en forma. El Juez accederá á tal propuesta y apreciará, según crítica racional, para los efectos de la prueba, las manifestaciones que esos testigos hagan con relación á los extremos antes expresados.

Tienen facultad para presenciar la apertura del pliego y lectura del testamento, de que luego trataremos, según el art. 1.965, los parientes del testador en quienes pueda presumirse algún interés; sin permitírseles que se opongan á la práctica de la diligencia por ningún motivo, aunque presenten otro testamento posterior.

Recibida la información testifical, y resultando por la práctica de las diligencias que en el otorgamiento del testamento se guardaron las solemnidades prescritas por la ley, y asimismo comprobada la identidad del pliego, lo abrirá el Juez y leerá para sí la escritura testamentaria. Esta última precaución obedece á que puede existir en aquélla una cláusula cuya publicación haya de reservarse hasta época determinada, y por tanto su lectura no debe hacerse entonces, porque, como dice el art. 1.967, si el testador ordenó que alguna ó algunas cláusulas queden reservadas y secretas hasta cierta época, la lectura se limitará á las restantes cláusulas de la disposición testamentaria.

La apertura del testamento tampoco podrá llevarse á cabo cuando en la misma carpeta ó en un codicilo abierto hubiere dispuesto el testador que no se abra hasta una época determinada, en cuyo caso el Juez suspenderá la continuación de la diligencia y mandará archivar en el Juzgado las practicadas y el pliego hasta que llegue el plazo designado por el testador (párrafo segundo del art. 1.966).

Si no existe ese obstáculo, el Juez abrirá el pliego y, después de leerlo para sí, lo entregará, según el art. 1.967, al Notario para que lo lea en alta voz, extendiéndose la oportuna acta, en que se reseñará sucintamente todo lo ocurrido en esos dos momentos de que acabamos de hablar, y que habrán de firmar, después del Juez, todos los presentes entonces como interesados en el expediente. Luego de lo cual dicho Juez dictará auto, con arreglo al art. 1.968, ordenando que se protocolice el testamento con todas las diligencias originales de la apertura en los registros del Notario autorizante y que se dé copia de ese auto al que hubiere hecho la presentación al Juzgado del pliego cerrado, para su resguardo, si es que así lo pidiere.

De esta manera queda cumplido lo que determina el art. 714 de nuestro Código civil.

La protocolización, según hemos dicho, habrá de efectuarse en

el archivo del Notario que haya extendido el acta de otorgamiento. Esta disposición es clara y no hay margen para que asalten las dudas de que hubimos de ocuparnos al examinar un particular semejante de los testamentos ológrafo y abierto. Si el Notario hubiere fallecido para la época de la apertura y publicación, se entenderá que ésta ha de verificarse en los registros de su sucesor en el desempeño de la Notaría, á no ser que los interesados designen otra, puesto que así debe interpretarse el espíritu de la ley y subsidiariamente lo establecen el Reglamento notarial, según ya sabemos, y el art. 18 del Real decreto de 20 de Enero de 1881. La sentencia del Tribunal Supremo de 1.° de Agosto de 1859 declara que la protocolización del testamento cerrado debe hacerse en el registro del Escribano que lo autorizó, siempre que sea posible.

De todo lo que llevamos expuesto podemos deducir que el expediente de jurisdicción voluntaria sobre apertura y protocolización de un testamento secreto, una vez iniciado por parte legítima y ejecutoriado ya este extremo, no puede en manera alguna interrumpirse hasta su terminación, ó por lo menos hasta que se practique dicha apertura. Después de esto, convenimos con el distinguido jurisconsulto Sr. Alcubilla (*Diccionario de la Administración española,* tomo IV, pág. 1.097) en que pueden declararse contenciosas las diligencias por la oposición de un interesado, no siendo aplicable la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Enero de 1880, según la cual, no puede negarse la protocolización del testamento secreto, una vez abierto con las solemnidades del caso, por la oposición de un interesado. Hoy rige, en su defecto, la prescripción general del art. 1.824, propia de todos los actos de jurisdicción voluntaria, á no ser que la contradigan preceptos reguladores de cada uno de aquellos en particular. Y en el de que tratamos no existe otra disposición en contrario más que la relativa á la apertura del pliego, la cual prohíbe terminantemente aplazar, como ya sabemos, el art. 1.965 de la ley procesal, aun formulando la oposición parientes del testador y aunque la funden en la existencia de otro testamento posterior al que entonces se trata de publicar. Además, no existe verdadera divulgación del testamento secreto hasta que el Juez, penetrado por sí mismo de la procedencia de aquélla, ordena al Escribano que dé á conocer al público presente en la Sala del

Juzgado, si concurre, ó de todas suertes en voz alta, lo que dispuso el testador, si éste no estableció alguna cortapisa en tal sentido. El Código civil del Uruguay (art. 770) llega á reprobar toda convención acerca de lo que se deje en un testamento cerrado antes que se abra solemnemente.

Por último, el referido expediente, aun terminado y aprobado en sentido favorable, no resuelve la validez ni imposibilita la declaración de nulidad del testamento á que se refiera. Dice la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Marzo de 1866 que las cuestiones sobre validez ó nulidad de un testamento no pueden ventilarse en un expediente de jurisdicción voluntaria, sino que deben discutirse en juicio ordinario y por los trámites establecidos en las leyes. El Juez, al ordenar la apertura y dictar el auto de protocolización, juzga, por lo que ve escrito, que se han cumplido las solemnidades prescritas por el Derecho civil y por la ley adjetiva; pero no puede declarar, dada la índole de esas actuaciones, y porque no se le ofrecen datos para ello, si lo escrito representa ó no una falsedad, ni sobre la verdadera capacidad del testador al otorgar el testamento, ni sobre otros interesantes extremos.

ART. 715. Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia ó de negligencia ó ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento.

Concordancias.—Análogo al art. 714 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Muy poco nos resta ya que exponer con referencia al artículo anotado, que no sea repetición de las ideas que en diversos comentarios anteriores tuvimos necesidad de anticipar por las exigencias de la exposición metódica que la índole de la materia imponía.

La declaración del art. 715 es casi la misma que la que comprenden los artículos 687 con referencia á toda clase de testamentos, y 705 respecto del testamento abierto; y por tanto, ténganse aquí por reproducidas las consideraciones alegadas al examinar esos preceptos.

También el art. 715 fué objeto de una significativa reforma en la edición última del Código, puesto que en la anterior sólo se expresaba, siguiendo literalmente las huellas del 714 del proyecto de 1882, que sería nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hubiesen observado las formalidades establecidas en esta sección, y el Notario que lo autorizase sería responsable de los daños y perjuicios que sobreviniesen. Las restantes frases de la primera parte del art. 715 actual, *«si se probase que la falta procedió de su malicia ó de negligencia ó ignorancia inexcusables»*, se añadieron en vista del resultado de la discusión del Código en los Cuerpos Colegisladores por la manera cómo fué desarrollada la ley de Bases que le dió origen; y para poner de acuerdo dicho precepto con los antes citados, entre los que media una lógica é indudable relación de semejanza y de dependencia científica.

La misión del legislador ha de ser en extremo escrupulosa tratándose del acertado empleo de las palabras, para que éstas representen siempre con exactitud la idea, de la que son simplemente exteriorización, y un descuido en materia tan delicada puede ocasionar dudas, y lo que es peor, interpretaciones de perjudiciales resultados. Decimos esto á propósito de un término que aparece usado en las primeras palabras del art. 715, al declarar éste que es nulo el testamento cerrado en cuyo *otorgamiento* no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección. Ya hemos repetido con exceso que, tratándose de dicha forma de testar, el otorgamiento comprende sólo el período segundo que regula el art. 707, es decir, el que comienza con el acto en que, cerrado el pliego testamentario, manifiesta el testador á Notario y testigos que allí está su última voluntad. Y ¿pueden al legislador importarle poco ó serle indiferentes las solem-

nidades de que se ocupa el art. 706, donde se trata nada menos que de la forma cómo ha de escribirse y dar sello de autenticidad al que, después de todo, ha de ser con el tiempo el verdadero testamento, por el cual tantos derechos, intereses y modificaciones en el orden jurídico, social y moral se han de efectuar? Indudablemente que ni esa fué tampoco la intención del legislador, porque pugnaría contra todos los fundamentales principios siempre á cubierto de toda discusión y duda. Esa palabra *«otorgamiento»* seguramente sobra. ¿Habría Juez ni Tribunal ni aun persona de mediana ilustración jurídica, que afirmara la validez de un testamento cerrado cuya escritura interior no estuviera firmada por el testador ni por el amanuense á su ruego? Imposible nos parece contestar afirmativamente.

Convenimos con el parecer de un comentarista del Código, al afirmar que la responsabilidad del Notario á que alude el art. 715 debe hacerse efectiva aunque, por virtud de la declaración de nulidad del testamento cerrado, éste pueda valer como ológrafo, si por consecuencia de tal cambio en la forma de testar se han producido algunos daños y perjuicios; porque éstos á nadie más que al Notario deben serle exigidos cuando se pueda justificar que obró con malicia, ignorancia ó negligencia inexcusables; cuyos términos ya hemos definido y explicado en comentarios anteriores. Si sobre el referido extremo pudiera caber alguna duda, dada la falta de precisión del art. 715, nos la desvanecería por completo el principio de Derecho, encarnado hoy en un precepto del Código civil, de que el que causa un daño está obligado á responder de su indemnización.

La sustitución á que se refiere la última parte de dicho artículo no es nueva en nuestro Derecho civil. Virtualmente la hallamos en todas las legislaciones precedentes al Código, y hasta en la romana, porque la *ley 3.ª, tít. I, libro XXIX del Digesto* decía: *«...nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda iudicia sua. Sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus...»*, tratándose del testamento militar. La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene reconocido en varias sentencias ya examinadas que, tanto el *Fuero Juzgo* como las *Partidas* y hasta la *Novísima Recopilación*, señalaban distintas formas de testar que, si no podían mantenerse válidamente dentro de la individualidad ó modalidad que había elegido el testador, se subrogarían por

otra de aquéllas, siempre que aparecieran cumplidos los requisitos al efecto ordenados; pensando muy racionalmente que al testador no debió serle indiferente morir testado ó intestado, pues al decidirse á hacer testamento, seguramente le guiaban las ventajas de éste y rehuía los inconvenientes á que sin duda se presta la sucesión *ab intestato*, á la que, por tanto, no debe ser sometido, sino en último extremo.

Entre los jurisconsultos franceses alguna diversidad de pareceres se nota al dilucidar el referido punto; pero la gran mayoría se inclina por otorgar validez al testamento ológrafo que no pueda defenderse como secreto ó cerrado, por faltarle algún requisito cuya omisión lleve aparejada nulidad.

Confirma la opinión que sustentamos al afirmar que para la posible sustitución del testamento es preciso algo más que hallarse éste escrito y firmado de puño y letra del testador, la particularidad de que el art. 715 no se ha limitado á copiar literalmente el 714 del proyecto de 1882, declaratorio de que «*valdrá el testamento cerrado como ológrafo si todo él estuviere escrito y firmado por el testador*», sino que ha añadido «*y tuviere las demás condiciones propias de este testamento*» (el ológrafo). Dichas condiciones no pueden referirse más que al empleo del papel sellado del año del otorgamiento, y á que el testador fuera, en el momento de escribir su última voluntad, mayor de veintitrés años.

SECCIÓN SÉPTIMA

Del testamento militar.

Recuérdese que el art. 677 enumera en la categoría de testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero. Esas son las formas de testar privilegiadas que el Código determinadamente designa, á pesar de que ese mismo Cuerpo legal regula otras igualmente excepcionales que cuentan con idénticos ó quizá mayores motivos para ser también cita-

das y tratadas en sección separada. Vamos á examinar el primero de esos testamentos que refiere el citado artículo 677, y el cual, no por ser regulado en el Código en sección aparte de la destinada á los testamentos público y secreto, está exceptuado de poder otorgarse en cualquiera de las dos formas abierta y cerrada; al contrario: las modalidades del testamento militar que referiremos en la presente sección tienen que concretarse necesariamente, ó en la forma abierta, pública, nuncupativa, ó en la secreta, cerrada y en todos casos escrita. Tal *Sección séptima* debería, pues, constituir una subsección dependiente y en relación con las dos anteriores.

El testamento militar, como su nombre indica, hállase establecido en favor y beneficio de esa respetable clase, tan merecedora de consideraciones y razonables privilegios, para quien, en determinadas circunstancias de su oficio, la muerte es suceso más posible é inminente que para los demás mortales: Y esta indudable observación basta sólo para hallar justificada la procedencia de un derecho que en consideración á esa muerte, y por temor á la misma, se halla establecido, y que, por lo tanto, ha de presentar caracteres de mayor excepcionalidad y de menor rigor en el cumplimiento de las solemnidades que para su ejercicio en casos normales se exigen.

Así comprendido el privilegio del testamento militar, no hay que decir que cuenta con precedentes de notoria antigüedad. Recorriendo la Historia romana lo hallamos ya establecido al lado de la forma más antigua de testamentos de aquella legislación, ó sea la que se celebraba *in calatis comitiis*, propia de los tiem-

pos de paz, y cuando era posible esperar á la convocación solemne y periódica de esas asambleas. Siendo el estado normal de las sociedades y tribus en aquel entonces más bien guerrero que agrícola, industrial y pacífico, como dice el tratadista italiano Vittore Vitali *(Del testamento privilegiato)*, y estando las condiciones de la vida mejor representadas por aquella fórmula de *bellum omnia contra omnium*, nunca en más oportuna ocasión pudo haberse implantado y ser favorablemente acogido el testamento *in procinctu* (así llamado, según Gayo, porque *procinctus est enim expeditus et armatus exercitus*, ejército equipado y sobre las armas). Este es el embrión del verdadero testamento militar, definido y reglamentado después en todos los cuerpos del Derecho romano, y que Justiniano, como convienen en ello todos los autores, equivocadamente cree establecido *propter nimiam imperitiam*, cuando está patente la razón de tal privilegio, la misma que nosotros antes hemos expresado, y que justifica, de la propia suerte, la conservación en los actuales momentos históricos de esa forma especial de testar, porque así nos lo dan á entender otras disposiciones de la legislación romana y las enseñanzas de sus intérpretes y siempre esclarecidos jurisconsultos.

Refiere Ortolan (en su *Explicación histórica de las Instituciones de Justiniano)* que el otorgamiento de tales privilegios empezó con el primer Emperador Julio César, como una simple concesión temporal, la cual confirmaron Tito y Domiciano, y después generalizaron Nerva y Trajano, según fórmula que nos ha conservado el jurisconsulto Ulpiano. Asimismo los Pretores y las *Constituciones imperiales* mantuvieron esa ex-

cepcionalidad, reglamentándola y desenvolviéndola más previsoramente, estando dedicado un título entero *(el XI del libro II) de las Instituciones Justiniáneas* á tratar exclusivamente del testamento militar.

El privilegio se creó con tan radicales caracteres que, hasta por virtud de él, se otorgó la testamentificación activa á los que entonces no la tenían, á los hijos de familia hallándose en el servicio militar, y con referencia á lo que, por tal motivo, se llamaba su peculio castrense. Mas la excepcionalidad se mantuvo dentro de sus debidos límites, circunscribiéndola al objeto y propósitos que la dieron origen. El testador militar, el que, en consideración al ejército armado y equipado, gozaba de ese fuero, podía disponer su última voluntad sin el número necesario de testigos, con dispensa de las solemnidades establecidas para los casos ordinarios, por escrito ó sin escrito; pero sólo en el tiempo que se hallasen ocupados en alguna expedición, mientras estuvieren en el servicio y en el campamento. Los testamentos que otorgasen en sus hogares ó en otra parte, pero después de tomada su licencia, aun siendo militares en activo servicio, más fuera de campaña, forzoso era sujetarlos á las formas del derecho común á todos los ciudadanos.

Así debe de entenderse siempre ese privilegio que, de otro modo, degenera en abuso incompatible con las normas de igualdad á que debe someterse el ejercicio de los derechos civiles. El soldado, fuera de esos momentos de peligro y de inminencia de inevitables riesgos á que le expone la lucha armada, es un ciudadano como cualquier otro, y también el primer interesado en que sus últimas disposiciones aparezcan ordenadas con toda

la tranquilidad y garantías que las hagan más invulnerables á las adulteraciones y á los propósitos de ocultación ó desaparición dolosas.

El *Fuero Juzgo*, en ese mismo sentido de privilegio racional, permitió testar al que se encontrara en hueste, confirmándose después ante el Obispo ó ante el Juez el testamento que, si se manifestó de palabra, había de reducirse á escrito.

La Legislación alfonsina es la que mejor ha regulado el testamento militar, y la que más acertada y elocuentemente determina los motivos que justificaron su introducción en el Derecho, contra lo que Justiniano erróneamente escribiera: «*...E esto fue otorgado por previllejo a los cavalleros, por les fazer honrra, e mejoría, mas que a otros omes, por el gran peligro á que se meten, en servicio de Dios, e del Rey, e de la tierra en que biven.*»

Esa es la única defensa de tal forma excepcional de testar, y no ninguna otra.

Transcríbense con mayor precisión de términos en la *ley 4.ª, tít. I, Partida 6.ª*, la doctrina del Derecho romano, por la que si algún caballero quisiere testar en su casa, ó en otro lugar que no sea en hueste, debe hacerlo en la misma forma que los otros hombres; mas si se halla en el peligro del campamento ó en hueste, puede disponer la última voluntad de la manera que mejor le parezca y le sea posible, de palabra, por escrito, y aun con su sangre misma, escribiendo en su escudo ó en sus armas ó señalando las palabras en tierra ó en la arena, siempre que esto se acreditare debidamente por medio de dos hombres buenos que hicieran de testigos.

Vino á significar, en nuestro entender, un retroceso, la *ley 7.ª, tít. XVIII, libro X* de la Novísima Recopilación (compendio de los *Reales decretos de 9 de Junio de 1742 y 25 de Marzo de 1752)*, declaratoria de que el militar podrá acogerse al referido privilegio, hallárase en campaña ó en cualquiera otra parte, siempre que gozara sueldo. Esta absurda ampliación que el Monarca hubo de autorizar, fundada en perjuicios que dice le hizo ver el Consejo de Guerra, ocasionados por la práctica de la legislación vigente con anterioridad, se dictó aun tenienda que derogar la *Real Cédula de 28 de Abril de 1732,* á cuyo tenor el testamento que otorgaran los militares sin ninguna solemnidad no valdría si éstos no fallecían en la campaña que les obligó á testar, debiendo otorgar otro con todas las solemnidades prescritas por la ley en pasando á poblado.

Las *Ordenanzas Reales del Ejército* publicadas en 22 de Octubre de 1768, en los primeros cuatro artículos de su *Tratado 8.° y capítulo XI,* siguen las huellas de la *Novísima Recopilación:* En su consecuencia permiten á todo el que goce de fuero militar testar por privilegio en cualquiera parte en que se encuentre, sea dentro ó fuera de campaña, regulando dos formas de testar, una para los momentos más tranquilos y otra para los riesgos inminentes de un combate ó cualquier otro peligro de muerte.

La *Real orden de 17 de Enero de 1835* dispuso que el militar, no sólo en campaña, guarnición, cuartel ó marcha, sino también en donde quiera que se hallare y cualquiera que fuese su estado de salud, con peligro ó sin él, podía elegir para manifestar su voluntad la

forma civil ó la militar, sin tener que sujetarse á los reglamentos locales.

Con estos antecedentes, y circunscribiéndose cada vez más en el transcurso del presente siglo las indebidas prerrogativas otorgadas á la milicia, se elaboraron los proyectos de 1851 y 1882, que contienen doctrina casi idéntica á la que habrá de ser objeto de los subsiguientes comentarios.

El espíritu igualitario de los tiempos, que más fuertemente se hizo sentir en la esfera del Derecho privado; la continua restricción del llamado fuero militar, que había tomado exorbitantes proporciones, y el mismo apoyo que ofrecían los precedentes jurídicos de las Compilaciones más antiguas, hizo que llegáramos á un estado de Derecho mucho más justo y defendible á la luz de toda clase de ideas.

Porque el testamento militar racionalmente establecido, y sin ampliaciones que contradigan el propósito de su implantación en los Códigos, es, no sólo explicable, sino imprescindiblemente necesario; á menos de despojar violentamente á los militares del sagrado derecho de testar, y en las circunstancias críticas en que su vida va á correr inminentes riesgos.

Así comprendido el testamento militar, rechaza la idea de privilegio, con que ha venido señalándose, tomada esa palabra en el sentido de favor, de concesión graciosa, de merced contradictoria del principio de igualdad que debe reinar en el Derecho civil. Todos los hombres son, en efecto, iguales ante las leyes, pero según las circunstancias diversas de la vida en que aquéllos se encuentren. De suerte que un militar testando en el fragor de un combate, ó ante la considera-

ción de la inminencia del mismo, goza de idénticos derechos, empleando menor número de solemnidades, que el que tranquilamente en su casa precisa del funcionario notarial y del competente número de testigos para reducir á escrito su última voluntad: Y quizá se halle la desigualdad en perjuicio del primero. El testamento militar no significa privilegio incompatible con fundamentos racionales, cual parece dar á entender el jurisconsulto Sr. Falcón; representa más bien, como con hermosa concisión de frase, tiene dicho el gran Pacheco, comentando la *ley 3.ª de Toro,* "un homenaje que se rinde á lo imposible".

El distinguido civilista Benito Gutiérrez, á propósito de observaciones que anteriormente hemos expuesto, dice con muy buen sentido que al paso que es natural el que se guarde á los militares la consideración de la dispensa de formalidades en sus testamentos estando en campaña, no hay motivo para que, testando en paz y en el seno de la familia, omitan las solemnidades, mejor dicho, precauciones tomadas para evitar los amaños del fraude y de la codicia. Lo primero es un deber de justicia y un verdadero efecto de la necesidad; lo segundo es ley que puede convertirse en daño de los mismos privilegiados, daño de inmensas proporciones si se atiende al gran número de personas que gozan fuero. Estas reflexiones sustituyen con ventaja á las que nosotros, de perfecta conformidad con esa opinión, pudiéramos exponer.



La presente *Sección séptima* del novísimo Código civil ha traducido en seis preceptos, con acierto, se-

gún nuestro criterio, las ideas que llevamos anotadas, como más próximas al ideal de la razón y de la justicia, que siempre hay que perseguir. El privilegio del testamento militar se ha restringido y encerrado en su verdadera esfera. La forma excepcional de testar que en tal sentido se regula, aparece concedida, no al militar, por el hecho de vestir uniforme y ocupar un lugar en la jerarquía de la milicia, sino al militar que sale á campaña, que se aproxima á los peligros de una batalla, que vive la vida premiosa y de sorpresas del campamento, que está, por tanto, imposibilitado para recurrir á los medios que implica la observancia de solemnidades que las demás personas tienen á su alcance.

Dentro de ese mismo privilegiado testamento se distinguen dos formas de testar, aplicadas á las dos diversas situaciones en que el militar puede hallarse al salir del cuartel y emprender las operaciones de guerra: La primera propia de los momentos de mayor tranquilidad del campamento, cuando el enemigo no obliga por el pronto á afrontar peligros de inminencia y gravedad: La segunda, pertinente y lícita al producirse el desorden, ruido y espanto del combate ó asalto, cuando quizá las probabilidades de la muerte superan en gran proporción á las de la vida. La forma de testar que llena las exigencias de esa primera situación está reglamentada en los artículos 716, 717, 718 y 719; la aplicable á ese segundo más urgente momento, aparece desenvuelta en los artículos 720 y 721. Claro es que la primera requiere mayores formalidades que la segunda, porque ésta, cual sucede con los testamentos otorgados en consideración á un peligro inminente de muerte, se

emplea en momentos apremiantes y que sólo dejan lugar para muy contados requisitos.

Dentro de cada una de esas situaciones, el militar puede testar en la forma cerrada y en la forma abierta, cumpliendo las excepcionales formalidades que en esta sección se prescriben.

Por lo expuesto ya puede comprenderse cómo en esta parte del Código se advierte una metódica colocación de la materia y aun divisiones y subdivisiones que se deducen del examen superficial de los artículos 716 al 721, aunque el legislador no las haya establecido literalmente.

***

Es inútil hablar de las modalidades que pudiera presentar el testamento militar en el Derecho foral. Como aquél es un privilegio establecido en favor del Ejército y de las personas que en consideración á él le acompañen, en cualquier punto de la Península, en países de legislación foral, y aun en el extranjero, regirá en la misma forma en que lo establece el Código civil, sin que por tanto tenga aplicación entonces el principio «*locus regit actum*».

Ahora bien: la excepcionalidad de que tratamos alcanza sólo á la *forma* del testamento, que es la materia que venimos estudiando en la presente Sección y en las que le preceden, desde la 3.ª del cap. I, título III del lib. III del Código. Nos parece esto fuera de toda duda, y no comprendemos cómo ésta ha podido germinar en el ánimo de escritores tan distinguidos cual los Sres. Navarro Amandi y Gutiérrez, principal-

mente del primero, en su obra *Cuestionario del Código civil reformado.*

Quedan, como es natural, subsistentes toda clase de fueros y prerrogativas para los nacidos en territorio de Derecho foral, aun siendo hijos de padres sujetos al derecho común, si los últimos, durante la menor edad de aquéllos, ó los mismos hijos dentro del año siguiente á su mayor edad ó emancipación, declararen que es su voluntad someterse á la legislación foral; para los hijos de padres, y no existiendo éste, ó siendo desconocido, de madre perteneciente á provincias ó territorios de Derecho foral, aunque hubieran nacido en provincias ó territorios en que rija el derecho común; y para los que, procediendo de dichas provincias ó territorios, hayan ganado vecindad en otros, sujetos á la legislación foral. Estas prescripciones del art. 15 del Código no han podido quedar derogadas por los 716 al 721 del mismo, siendo perfectamente compatibles, como ya hemos dicho, unos con otros.

En cuanto á otra clase de fueros ó privilegios, ya sabemos que ante el Derecho civil no caben desigualdades en la condición jurídica de los individuos, ni otras modificaciones de la personalidad que las que concreta y específicamente están ya determinadas en el Código; por lo cual, el militar ó personas á él equiparadas habrán de testar en la *forma* prescrita por aquél, y en el *fondo,* ó bien con arreglo á la legislación foral ó á la introducida por dicho cuerpo legal. No puede, razonablemente, sostenerse otra teoría.

ART. 716. En tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás

individuos empleados en el Ejército, ó que sigan á éste, podrán otorgar testamento ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán.

Es aplicable esta disposición á los individuos de un ejército que se halle en país extranjero.

Si el testador estuviere enfermo ó herido, podrá otorgarlo ante el Capellán ó el Facultativo que le asista.

Si estuviere en destacamento, ante el que lo mande, aunque sea subalterno.

En todos los casos de este artículo será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos.

Concordancias.—Igual al art. 578 del proyecto de Código de 1851 y análogo al 715 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Fuero Juzgo, libro II, tít. V, ley 12.*—Aquel que muere en romeria, o en hueste si oviere omnes libres consigo, escriva su manda con su mano ante ellos. E si non sopiere escrivir, o non pudiere por enfermedad, faga su manda ante sus siervos, que sepa el obispo que son de buena fe, e que non fuesen ante fallados en pecado. E lo que dixieren estos siervos por su iuramento, fágalo el obispo o el iuez escrivir depues e sea confirmado por ellos e por el Rey.

Partida 6.ª, tít. I, ley 4.ª—Queriendo fazer testamento algund cauallero, si lo fiziesse en su casa, ó en otro lugar, que non sea en hueste, deuelo fazer en la manera que los otros omnes, ansi como dize en las leyes ante desta; mas si lo ouiere de fazer en hueste, estonce abonda, que lo faga ante dos testigos, llamados é rogados para esto. E si por auentura, seyendo en la fazienda, veyendose en peligro de muerte, quisiesse aquella sazon fazer su testamento: dezimos que lo puede fazer, como pudiere, é como quisiere, por palabra, ó por escrito. E aun con su sangre misma, escriuiendolo en su escudo, ó en alguna de sus armas, ó señalandolo por letras en tierra, ó en arena. Ca en qualquier destas maneras que lo el faga, e pueda ser prouado por dos omes buenos que se acertassen,

y vale tal testamento. E esto fué otorgado por preuillejo á los caualleros, por les fazer honrra, é mejoria, mas que á otros omes, por el grand peligro á que se meten, en seruicio de Dios, e del Rey e de la tierra en que biuen.

Partida 2.ª, tít. XXI, ley 24.—E aun sin todo esto: han otro priuillejo los caualleros, que mientra estuuieren en hueste ó fueren en manderia del Rey ó en otro lugar qualquier que esten señaladamente en su oficio ó seruicio é por su mandado, que todo aquel tiempo que assi estuuieren fuera de sus casas por algunas de estas razones sobredichas non pueden ellos ni sus mugeres, perder ninguna cosa por tiempo. E si alguno razonasse que auia ganado alguna cosa dellos por razon del tiempo sobredicho puedenla demandar por manera de restitucion desde el dia que tornaren á sus casas fasta quatro años. Mas si en este plazo non las demandassen, dende adelante, non lo podrian fazer. E otrosi han priuillejo de otra manera, que puedan fazer testamento, ó manda, en la guisa que ellos quissieren, maguer non sean todas aquellas cosas y guardadas que deuen ser puestas en los testamentos, de los otros omes, assi como se muestra en las leyes del título, que fablan en esta razon en la sesta Partida deste nuestro libro.

Novísima Recopilación, lib. X, tít. XVIII, ley 8.ª—Por quanto en el art. 4.°, trat. 8.°, tít. 9 de las ordenanzas generales del Exército, sobre testamentos, se dice que «será válida y tendrá fuerza de testamento la disposición que hiciere todo Militar escrita de su letra en qualquiera papel que la haya executado; y á la que así se hallare, se dará entera fe y exacto cumplimiento, bien la haya hecho en guarnición, quartel ó marcha; pero siempre que pudiere testar en parage donde haya Escribano, lo hará con el segun costumbre»: y respecto á que sobre la inteligencia de estas últimas cláusulas se han suscitado algunas dudas, y en particular la de si es ó no arbitrario á los Militares otorgar por sí su testamento conforme al estilo de guerra, ó deben hacerlo ante Escribano, donde lo haya, arreglándose á las leyes del Reyno, á las municipales, ó á las ordenanzas; declaro, por punto general, que todos los individuos del fuero de guerra pueden en fuerza de sus privilegios otorgar por sí sus testamentos en papel simple y firmado de su mano, ó de otro qualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerlo por ante Escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo; y que en la parte dispositiva pueden usar á

su arbitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil ó la municipal: y mando que así se cumpla y execute, no obstante qualesquiera leyes, decretos y órdenes anteriores.

Novísima Recopilación, ley 7.ª, tít. XVIII, lib. X.—No obstante que por ordenanza de 28 de Abril de 1739 tuve por bien declarar el modo y solemnidades con que deben testar los Militares, y que la Justicia ordinaria conociese de sus testamentos, inventarios y *ab-intestatos*, más bien informado ahora por el Consejo de Guerra de los perjuicios que se siguen en la práctica de lo dispuesto en la referida Ordenanza, y de los inconvenientes que produciría su observancia, tanto á mi servicio como á la profesión Militar y honor de ella; he resuelto se observe la costumbre antigua, en quanto á que los Militares usen de sus privilegios y fuero al tiempo de hacer sus testamentos, no sólo estando en campaña, sino en otra qualquier parte, siempre que gocen sueldo; y que se recoja y anule enteramente la citada ordenanza de 28 de Abril de 1739.

Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos, publicadas en 22 de Octubre de 1768.—Tratado 8.º, tít. XI, art. 1.º—Todo individuo que gozase fuero militar según está declarado en esta Ordenanza, le gozará también en punto de testamentos, ya sea que le otorgue estando empleado en mi servicio en campaña ó hallándose en guarnición, cuartel, marcha ó en cualquier otro paraje.

Art. 4.º de dichos tratado y título.—Igualmente será válida y tendrá fuerza de testamento la disposición que hiciere todo militar escrita de su letra en cualquiera papel que lo haya ejecutado; y á la que así se hallare, se dará entera fe y exacto cumplimiento, bien la haya hecho en guarnición, cuartel ó marcha; pero siempre que pudiese testar en paraje donde haya Escribano, lo hará con él, según costumbre.

ART. 717. También podrán las personas mencionadas en el artículo anterior otorgar testamento cerrado ante un Comisario de guerra, que ejercerá en este caso las funciones de Notario, observándose las disposiciones de los artículos 706 y siguientes.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 716 Y 717. — *Razón del plan.*— Vamos á examinar en el presente comentario los testamentos abierto y cerrado que pueden otorgar los militares encontrándose en tiempo de guerra y en campaña.

Para mayor método y claridad distribuiremos la materia en tres partes: 1.ª, quiénes pueden acogerse al beneficio que supone el otorgamiento de dichas formas de testar, cuyo estudio será igualmente aplicable á los restantes preceptos de la *Sección*; 2.ª, en qué ocasiones se puede otorgar testamento dentro de la primera situación de mayor normalidad á que nos hemos referido en el preámbulo de dicha *Sección*, y 3.ª, ante quién y cómo han de testar los que gocen, para el efecto, de fuero militar.

I. *¿Quiénes pueden acogerse al beneficio del testamento militar?*— Respecto al primer punto, contesta el comienzo del art. 716 diciendo que los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y *demás individuos empleados en el Ejército.*

¿Quiénes son unos y otros? Llámanse militares aquellos que en una ú otra forma pertenecen al Ejército; y éste, según los artículos 1.º y 2.º de la ley constitutiva de 29 de Noviembre de 1879, constituye una institución especial por su objeto é índole y una de las carreras del organismo del Estado; siendo su primera y más importante misión la de sostener la independencia de la Patria y defenderla de enemigos exteriores é interiores. El Ejército lo forman, con arreglo al art. 5.º de la ley de 19 de Julio de 1889, adicional á la constitutiva antes citada, el Estado Mayor general, el Estado Mayor, las tropas de la Real Casa, el arma de Infantería, la de Caballería, la de Artillería, el Cuerpo de Ingenieros, el de la Guardia civil, el de Carabineros, el Cuerpo y Cuartel de Inválidos; perteneciendo asimismo al Ejército, en concepto de auxiliares, los Cuerpos siguientes: el Jurídico, el de Intendencia, el de Intervención, el de Sanidad militar, con sus dos secciones de Medicina y Farmacia, el de Tren, el del Clero castrense, el de Veterinaria y el de Equitación. Para completar el mecanismo necesario á la realización de las diversas funciones técnicas y administrativas que están á cargo del Ejército, habrá también, con funciones polí-

tico-militares y con categorías asimiladas á las de aquél, los Cuerpos y empleados siguientes: el Cuerpo auxiliar de oficinas, la brigada obrera y topográfica de Estado Mayor, el Cuerpo de practicantes, el personal auxiliar de la Intendencia, el del material de Artillería, así pericial y obrero como no pericial, el del material de Ingenieros de iguales condiciones, el de porteros, mozos y ordenanzas de los Centros militares. Pues bien: todos los individuos que pertenezcan á alguno de esos Cuerpos, Armas ó categorías y que se encuentren en las demás condiciones prescritas por los artículos 716 y 720 pueden otorgar alguna de las clases del testamento militar, en el concepto y bajo la consideración de *militares*. Esa equivalencia opinamos que tiene tal palabra.

Los voluntarios son verdaderos militares que se distinguen de los demás sólo en la forma cómo ingresan en el Ejército. El artículo 4.°, núm. 3.° del Reglamento para el reemplazo y reservas del Ejército de 22 de Enero de 1883 declara que pertenecen también al Ejército activo los que, habiendo sentado plaza voluntariamente, no hayan sido declarados soldados por su suerte. Y en confirmación de esa declaración existe la del núm. 1.°, art. 15 de la ley de reclutamiento y reemplazo del Ejército de 11 de Julio de 1885, por virtud de la cual la fuerza del Ejército se reemplazará también con los que, contando por lo menos la edad de diez y ocho años cumplidos, quieran prestar sus servicios voluntariamente por el tiempo y en las condiciones que determine el Reglamento é instrucciones por que se rija el Consejo de redenciones y enganches militares; cuyos mozos, según el artículo siguiente, 16, siendo útiles para el servicio de las armas, podrán ser admitidos en los cuerpos activos armados en que les convenga servir.

A los rehenes se alude en el art. 866 del Reglamento para el servicio de campaña, mandado observar por la ley de 5 de Enero de 1882, cuando dice que se considera en el día como anticuado y también como ineficaz el uso de rehenes, esto es, de personas que se dan ó se toman á la fuerza, en garantía del cumplimiento de convenios y estipulaciones; los cuales, en todo caso, deben ser tratados con igual consideración que los prisioneros, siendo un abuso inútil de fuerza hacerlos responsables de las faltas de los otros é imponiéndoles penas que siempre han de ser injustas y arbitrarias.

Del trato humanitario con que deben ser mirados en las guerras los llamados prisioneros se ocupan los artículos 905 á 927 del citado Reglamento de 1882, reconociéndose en los 905 y 906 que, como en nuestros tiempos la guerra no tiene por objeto la exterminación material del enemigo, los esfuerzos de un ejército se dirigen á coger el mayor número de prisioneros, pues el enemigo que se rinde, aunque esté con las armas en la mano, no debe ser maltratado, sino hecho prisionero de guerra. Con mucha más razón se les otorgará, por tanto, el derecho de disponer de sus bienes *mortis causa*, según solemnidades especiales.

Y si los rehenes ó prisioneros son extranjeros, ¿podrán acogerse á los beneficios de nuestro art. 716, cuando éste no hace sobre el particular distinción alguna? La contestación que, á nuestro juicio, procede dar á esta pregunta ha de ser condicional. Testarán aquéllos con arreglo al derecho de su país si se hallan en poder de un ejército español que opere en territorio de otra Nación; porque el Código no puede destruir por sí solo la doctrina de los llamados estatutos, ni tampoco contradecirse con la disposición de su art. 11, según el cual, las formas y solemnidades de los testamentos se regirán por las leyes del país en que se otorguen: Y como el legislador español no puede gozar de soberanía ni de potestad sobre súbditos de otro Estado, aunque éstos accidentalmente se hallen en manos de fuerzas militares españolas, de aquí que le sea imposible imponerles con carácter obligatorio preceptos dictados para los nacionales, ni menos invadir atribuciones privativas de la soberanía de otra Nación; á no ser que sobre ese extremo exista entre España y dicha Nación tratado internacional en el que ambas potencias, libre y espontáneamente, modificando la doctrina de los estatutos, como pueden perfectamente hacerlo, acuerden conceder á los prisioneros y rehenes de uno ú otro país los beneficios diversos que, para caso de guerra, tenga cada legislador establecido.

Nuestro art. 716, en su primer párrafo, concede á los prisioneros de guerra el poder testar con arreglo al privilegio militar, y el párrafo segundo declara que éste podrán usarle los individuos del Ejército, aunque se halle en país extranjero; pero esta última disposición no puede referirse á los prisioneros y rehenes que hagan en dicho país, como naturales del mismo, fuerzas militares de España. El artículo citado no puede menos de aludir á

los prisioneros y rehenes cogidos dentro de los dominios á que alcance la jurisdicción española, por el Ejército de nuestra patria.

La frase genérica «*demás individuos empleados en el Ejército, ó que sigan á éste*», indica bien á las claras el sentido en que hoy se establece el testamento militar; el cual, como ya hemos dicho, es procedente sólo por virtud de las circunstancias de apremio y urgencia en que puede encontrarse la milicia, no por las consideraciones extrañas á la justicia á que dicha clase pudiere ser acreedora por otros motivos. Todos los que testen militarmente han de acompañar en todos sus peligros y riesgos al Ejército y ser partícipes con éste de las penalidades consiguientes, lo que constituye el motivo de la excusa ó dispensa de los requisitos que en los casos ordinarios de la vida son precisos para testar.

Están, en nuestro concepto, comprendidos en la citada frase genérica los llamados guerrilleros, que, como dice el art. 867 del antes mencionado Reglamento para el servicio de campaña de 5 de Enero de 1882, no son los que toman parte en la guerra sin autorización expresa del Gobierno constituído ó de Juntas ó Corporaciones que en caso de disolución le sustituyan, pues que á esos se les considera como bandidos ó malhechores, sino los cuerpos francos, las partidas guerrilleras, las milicias nacionales movilizadas y toda tropa irregular levantada en la región aún no ocupada por el enemigo, los cuales deben asimilarse á las fuerzas regulares y ser tratados como ellas. No así gozarán de los beneficios de que venimos tratando los que, según el art. 868 de dicho Reglamento, figuran como partidarios sueltos, sin autorización legal, sin uniforme ni distintivo alguno, que un día se presentan como militares y otro como paisanos pacíficos, utilizando este doble papel para satisfacer sus intereses y pasiones en la guerra tramposa y desleal, porque ésos están fuera del derecho de gentes y deben ser tratados en este concepto.

Por Reales decretos de 7 de Abril y 4 de Mayo de 1892, respectivamente, se organizaron militarmente el Cuerpo de miñones de la provincia de Vizcaya y el de mozos de escuadra de la provincia de Barcelona, declarándolos comprendidos en el art. 5.º de la ley adicional á la constitutiva del Ejército de 19 de Julio de 1889, ó sea, considerándolos como fuerzas militares de la Nación. De suerte que si llegan á verse en tiempo de guerra en el campamento ó durante una batalla, asalto, combate ó próximo peligro

de muerte, por tal motivo, podrán otorgar testamento militar según las reglas del Código civil.

Aprovechará asimismo el privilegio á los cantineros ó cantineras que acompañen al Ejército con autorización del Jefe correspondiente de aquél; á los hombres de ciencia agregados á la expedición; á los asistentes puestos al servicio de los oficiales ó del Estado Mayor; á los exploradores y guías que acompañan al Ejército para cumplir fines militares que les son impuestos ó que persiguen voluntariamente para el mejor logro de aquéllos.

¿Podrán usar del beneficio los corresponsales de periódicos que acompañen al Ejército, los vendedores ambulantes en el campamento y los que visiten el campo en el momento en que estalla la bélica conflagración? Respecto á los primeros, los jurisconsultos italianos Vittore Vitali y Borsari les niegan tal privilegio; mas nosotros, por lo menos dentro del Derecho civil positivo español, opinamos que están facultados para otorgar testamento militar, porque así nos autoriza á creerlo el contexto y espíritu de nuestro art. 716.

Unos Códigos restringen más que otros la facultad excepcional que supone el testamento militar; así, por ejemplo, el francés (artículo 983) la deniega á los que se hallen de cuartel ó guarnición en el interior del Reino, á no encontrarse en una plaza sitiada, ciudadela ú otro sitio cuyas puertas estén cerradas é interrumpidas las comunicaciones con motivo de la guerra. El Código italiano (802), el de la República Argentina (3.672), el holandés (993), y, en una palabra, la mayoría de los extranjeros siguen, respecto al particular, un criterio de ampliación que hace extensivo el privilegio á todos los que por un motivo ú otro acompañan al ejército, ó por lo menos forman parte de éste. Los Códigos portugués y mejicano (artículos 1.944 y 3.817) refiérense con ese motivo á los militares y empleados civiles del ejército, los cuales podrán testar en la forma excepcional establecida. Nuestro art. 716 también parece que adopta el sistema más expansivo, puesto que, como frase genérica, que subsigue á la enumeración de algunos casos constitutivos de otros tantos ejemplos, emplea la de «demás individuos empleados en el Ejército, *ó que sigan á éste,*» dando quizá á entender que nadie por motivos fútiles ó de apariencia engañosa ha de seguir á las fuerzas militares en todas sus aventuras y graves riesgos. Téngase además muy en cuenta que ese inciso *«ó que*

sigan á éste», no existía en el proyecto de 1882: fué añadido por tanto en el Código por primera vez. Por esto un corresponsal periodístico, aunque no se encuentre empleado en el ejército, siempre que *siga á éste,* indudablemente debe equipararse en el expresado concepto al verdadero militar.

No ocurre así con los vendedores ambulantes en el campamento ó en el punto en que se hallen situadas las fuerzas armadas, ni con los que por pura curiosidad ó con otro objeto extraño al de la milicia se hallen presenciando un combate; éstos ni acompañan al ejército en su marcha, ni forman parte de él en ningún sentido.

Beneficiará el privilegio asimismo al enfermo ó herido que se encuentre en la ambulancia sanitaria ó en el hospital por consecuencia de la guerra: El art. 716, en su párrafo 3.°, los comprende claramente, porque sería desnaturalizar la gracia que supone el testamento militar conceder éste á los que simplemente siguen al ejército y denegarlo á los que han sido víctimas sangrientas de la guerra y principales protagonistas de la misma, en cuya consideración especialmente se ha creado ese beneficio testamentario.

Las observaciones que venimos exponiendo servirán en conclusión, según nuestro criterio, para resolver los otros casos concretos que la práctica pudiera presentar, teniendo siempre en cuenta el propósito del legislador al crear el testamento militar, perfectamente retratado en los diversos preceptos que constituyen esta sección del Código, sobre todo en el art. 716, y además los dos polos entre los cuales gira la concesión de esa gracia, determinados por las frases genéricas de «*individuos empleados en el ejército*» y «*personas que sigan á éste*». Los Tribunales, en cada problema litigioso que se someta á su resolución, estarán encargados también de interpretar ó descifrar el alcance individual de esas expresiones, como ocurre en muchos casos legales análogos.

II. *Determinación de la procedencia de la forma de testar regulada por los artículos 716 y 717.* — El segundo punto que vamos á tratar es el referente á las ocasiones en que se puede testar militarmente, dentro de la situación de menor apremio á que nos hemos referido al comienzo de este comentario. El art. 716 ya declara que hallándose los militares (ó personas á ellos equipara-

das) en tiempo de guerra y en campaña. ¿Qué acepción cabe dar aquí á esos vocablos «*guerra*» y «*campaña*»?

La declaración de guerra y la de hacer y ratificar la paz corresponde al Rey, según el art. 54, núm. 4.º, de la Constitución política de 30 de Junio de 1876, dando después cuenta documentada á las Cortes; y ese derecho, como se dice con elocuencia en el art. 840 del Reglamento para el servicio de campaña, antes citado, de 5 de Enero de 1882, como tributo inseparable de la soberanía ejercida por los Jefes de Estado, deriva del principio de independencia, de justicia, de igualdad, de libertad y de conservación de los Estados, y, por lo tanto, no puede delegarse. ¿Será menester para la procedencia del testamento militar esa declaración solemne de guerra que, según el art. 842 del mencionado Reglamento, tiene por principal objeto avisar y prevenir á los súbditos de las potencias beligerantes y neutrales que van á comenzar las hostilidades, para que puedan adoptar las precauciones convenientes, procurando, si es posible, no interrumpir las relaciones comerciales ni el servicio de correos, y prohibiendo solamente la exportación de artículos y efectos que puedan ser útiles al ejército enemigo? Entendemos que no. Esas declaraciones de guerra no suelen prodigarse, ni mucho menos; acostumbran á reservarse para los casos solemnes é imprescindibles. Tratándose de la ruptura con otra Nación, ha de preceder, como dispone el art. 837 del citado Reglamento, para que la guerra se considere razonable y legítima, el apurar los medios de obtener la satisfacción conveniente por negociaciones diplomáticas, por los buenos oficios, por la mediación ó arbitraje de otras potencias. Antes de obtener estas reparaciones, el ejército español bien puede hallarse destacado en campamento, en previsión de cualquier resolución grave tomada por su Gobierno; porque, según advierte el art. 839 del tan repetido Reglamento, el uso común es hacer pública y oficialmente la declaración de guerra antes de romper las hostilidades, por la publicación de un manifiesto ó memoria justificativa, por la ruptura de relaciones diplomáticas, por la retirada del Embajador cerca de la corte enemiga, ó, en fin, por la expiración de un plazo que se haya fijado en la presentación de un *ultimátum*.

Hay mil circunstancias que contribuyen á la existencia de un período turbulento, de desorden público grave, de atentados á la

tranquilidad y al pacífico ejercicio de todos los derechos y de todas las libertades, que no precisan de la solemne declaración de guerra para ser reprimidos debidamente. Partidas levantadas en cualquier provincia, asonadas y motines graves, alteraciones serias del orden público en una región minera por consecuencia de una huelga de trabajadores, pueden hacer necesaria por mucho ó poco tiempo la acción militar con el concurso de un verdadero Cuerpo de Ejército, que haya de destacarse, acantonarse, hacer vida de campamento, emprender hasta hechos de guerra de igual peligro al que suponen los encuentros entre dos ejércitos regulares de Naciones distintas; y esto sin preceder la referida declaración de guerra. ¿Dejará en estos casos de ser procedente la forma privilegiada de testar que estudiamos? Respondemos negativamente sin abrigar la menor duda, y decimos lo mismo que al ocuparnos del testamento hecho en tiempo de epidemia, cuya declaración oficial tampoco considerábamos precisa para que pudiera testarse válidamente en esa forma. Una cosa son esas declaraciones oficiales, exigidas para los efectos administrativos, políticos y diplomáticos, y otra la existencia real de un estado de guerra ó epidemia comprobados por hechos cuya autenticidad han de estimar en cada caso los Tribunales, según el valor probatorio que atribuyan á los extremos que aleguen los interesados al ventilarse en juicio la validez ó nulidad de un determinado testamento hecho en esas condiciones. El Derecho civil no debe subordinar la eficacia de sus creaciones ó instituciones á meras formalidades de la legislación administrativa, que tienden á otro objeto muy distinto, y no acompañan siempre inmediatamente á la realidad de esos períodos anormales en la vida de los pueblos y de la Naciones.

La palabra «*campaña*», como término verdaderamente militar, ha de explicarse por el Reglamento de 1882, para darla significación técnica y legal más autorizada que la que pudieran ofrecernos otros textos y referencias. Declaran los artículos 1.°, 2.° y 220 de aquél que el ejército puede estar en pie de paz ó en pie de guerra; tiene, por lo tanto, dos servicios distintos; el de guarnición y el de *campaña;* el pase del pie de paz al de guerra se efectúa por una serie de medidas que toman el nombre genérico de movilización para llamar las reservas, llenar cuadros, constituir mandos, armar plazas, establecer depósitos de armas, municio-

nes, vestuario, equipo, víveres y utensilio. Las tropas en reposo se acantonan y se acampan; en el primer caso se alojan total ó parcialmente en pueblos ó lugares habitados que toman el nombre de cantones; en el segundo se establecen, por más ó menos tiempo, en despoblado, abrigándose en tiendas ó barracas. Según lo que antes hemos expresado, para que pueda emplearse lícitamente el testamento militar no es necesario que concurran todas y cada una de las circunstancias mencionadas. El servicio de campaña supone, pues, lo contrario del servicio de guarnición, de quietud en los cuarteles, de simple previsión para los sucesos que hagan indispensable el concurso del ejército.

III. *Otorgamiento del testamento militar.*—La forma abierta del mismo consistirá en la manifestación oral ó escrita, convirtiendo siempre la primera á la escritura, ante un oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán, ante el capellán ó facultativo que asista al testador, si éste se halla enfermo ó herido, ó ante el Jefe que mande el destacamento, y siempre presenciando el acto dos testigos idóneos.

Decimos que el testamento en esos casos se ha de escribir, porque, aunque nada declara sobre el particular el art. 716, así se desprende indudablemente del 718, al ordenar que dicho testamento se *remitirá al cuartel general*, y éste lo dirigirá al Ministro de la Guerra. Claro es que el testador ha de dejar autorizada la escritura testamentaria; porque las palabras, por sí solas, no son objeto de remisión alguna, si las ideas que las constituyen no se exteriorizan, no se materializan, digámoslo así. El art. 715 del proyecto de 1882 exigía que el testamento se hiciera ante un Capitán, ante el Auditor destinado á seguir el ejército ó ante un Comisario de guerra. Ignoramos los motivos que han generado la omisión de estos dos últimos funcionarios en el Código civil, cuando más propia y adecuadamente podían servir, principalmente el Auditor, para dar mayor garantía al cumplimiento de las formalidades exigidas por las leyes en materia de testamentos. El Cuerpo jurídico-militar, como da á entender ese calificativo, ha de tener la suficiencia acreditada del Abogado, del conocedor del Derecho, y natural es, por tanto, que, concediéndole facultades á manera de Notario en esos casos, se aproximara en lo posible el testamento militar al notarial y común de las circunstancias normales de la vida, y sobre todo,

sustituiría siempre con más ventaja un individuo de ese Cuerpo á un simple Capitán ó á un Comisario de guerra. Nosotros preferiríamos que, siempre que acompañara al ejército ó destacamento ó se encontrara en el punto en que se halla el testador enfermo ó herido un Auditor ó cualquiera otro individuo del Cuerpo jurídico-militar, éstos fueran los que en primer término dirigiesen la formación del testamento.

Destacamento, según los artículos 315 y 317 del Reglamento de campaña de 1882, es voz genérica aplicable á toda tropa más ó menos numerosa, separada, eventual y temporalmente de su unidad ó núcleo táctico, con un encargo especial ó secundario y por lo regular independiente; un batallón destaca una compañía, como una división destaca un batallón, y un Ejército una brigada ó una división entera. Destacar es separar, segregar; y conviene no confundir servicio destacado con servicio avanzado, así como fuerte avanzado con fuerte destacado, es decir, lejano, independiente. El destacamento puede tener varios objetos, no sólo en su fuerza y composición, sino en la duración de su especial servicio.

Tratándose de un testamento militar hecho en destacamento, cualquier jefe de éste puede recibirlo, aunque sea un simple cabo ó sargento. A este efecto, y autorizando tal interpretación, la edición última del Código ha suprimido la frase «*ante el oficial*», sustituyéndola por la «*ante el que lo mande*», refiriéndose al destacamento é indicándose que no importa la categoría del jefe, siempre que éste lo sea de aquél.

Como prescripción general común á todas las anteriores formas militares de testar, encontramos en el art. 716 la de que intervengan en ellas siempre dos testigos idóneos. Ya sabemos por los precedentes comentarios lo que esa frase de «*testigos idóneos*» quiere significar; la imprescindibilidad de que se cumplan todas y cada una de las condiciones legales que da á conocer el artículo 681 del Código, con referencia á toda clase de testigos testamentarios. Pero, ¿es posible cumplir tan rigurosa prescripción en el testamento militar? ¿Se ha de exigir sin excusa de género alguno el requisito del núm. 3.° de dicho artículo, ó sea el de que los testigos del expresado testamento gocen de la cualidad de vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento? Imposible nos parece que tal idea estuviera en la mente del legislador.

Tanto valdría como borrar de una simple plumada todo lo escrito en favor de los militares que quisieran testar en tiempo de guerra y en situación de campaña. ¿Cómo ha de ser fácil ni hacedero encontrar, no ya testigos vecinos ó domiciliados, sino otra cualquier clase de testigos, que no sean de los que se busquen entre los mismos que forman el ejército ó que siguen á éste en cualquier concepto? Si las fuerzas militares se encontraran siempre acantonadas en pueblo ó lugar, cuyos vecinos ó domiciliados sirvieran para testificar la última voluntad dispuesta en esas condiciones, no hallaríamos motivo alguno de duda sobre el particular; pero si el ejército se ha de encontrar, como ocurrirá muy frecuentemente, en su campamento ó destacado en punto distante despoblado y sin comunicación siquiera con lugar habitado, ¿qué testigos vecinos ó domiciliados será posible hallar, á no ser elegidos de entre los individuos que forman las fuerzas destacadas ó acampadas? Y esto no podrá remediarse acudiendo al empleo de la otra forma de testar del art. 720, para casos de peligro inminente de una acción de guerra, batalla, asalto ó combate, en cuyo precepto nada se dice respecto á la idoneidad de los dos testigos que han de intervenir en el testamento, porque pueden perfectamente no darse, en el caso supuesto, esas situaciones de mayor peligro y de inminencia de sucesos que comprometan la vida del militar ó del que goza del fuero de éste, para los efectos de que venimos tratando.

De suerte que, ó los Tribunales han de restringir el alcance jurídico de ese concepto «*testigos idóneos*,» ó se hace precisa y urgente una aclaración del Poder legislativo que ponga en términos racionales y de justicia la disposición que comprende el párrafo último de nuestro art. 716. No va á ser, por otra parte, de peor condición el testamento militar que el que se otorga reinando una muy grave epidemia, pues para este caso se requiere simplemente la presencia de tres testigos mayores de diez y seis años, varones ó mujeres; lo cual dista bastante de la idoneidad perfecta.

Sentimos volver á denunciar otra anormalidad que el lector menos perspicaz ha de encontrar en dicho art. 716; pero nos es forzoso ponerla de relieve, cumpliendo el deber moral del comentarista que escrupulosamente desentraña el sentido del texto legal. El testamento que estudiamos, ¿cómo se otorga, quién lo escribe, quién lo firma, en una palabra, con qué condiciones y

en qué forma se hace? Nada nos indica ni da á entender el legislador, lo cual tiene indudablemente que sorprender en gran manera al que perciba estas inconcebibles anomalías, y aun más inconcebibles cuando debió tenerse á la vista el art. 715 del proyecto de 1882, en cuyo último apartado también se declara que en todos los casos de este artículo (los mismos del nuestro 716) será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos; pero se añade «*y la observancia de lo prevenido en el art. 692*», el cual especificaba las reglas de otorgamiento del testamento abierto más solemne de los casos ordinarios.

Por lo que se desprende de la atenta lectura de dicho art. 716, y además de la combinación con el mismo de los 717 y 718, creemos que la forma de testar á que alude el primero es indudablemente la abierta y pública; pero la duda antes indicada, visto el silencio del legislador, nace de que, como el testamento militar es excepcional y de mucho menor número de formalidades que el normal y ordinario, hay pocos motivos de convicción para asegurar si deben aplicarse las solemnidades de los artículos 694 á 696 y 699 del Código, ó si, por el contrario, debe dispensarse en parte el cumplimiento de los mismos racional y prudentemente. Entre esos requisitos se halla el muy interesante relativo á la unidad de acto.

A falta de luz ú horizonte que nos haga vislumbrar, sobre el indicado extremo, el propósito del autor del Código, nos es forzoso opinar que tratándose, como se trata, de un testamento abierto, y no encontrando en el art. 716 ninguna idea ni señal de dispensa de formalidades, aunque tampoco se disponga que se sigan las reglas de los casos ordinarios, el testamento militar se otorgará, ya de palabra, y reduciéndose á escrito por el capitán, capellán, facultativo, jefe del destacamento ó por los testigos, ya por virtud de minuta con arreglo á la cual se redacte la última voluntad, si aquélla no puede servir definitivamente para ser firmada desde luego. Se consignarán el lugar, año, mes, día y hora del otorgamiento, se hará constar la capacidad legal del testador y, en una palabra, habrán de observarse todas las formalidades propias del testamento abierto normal, según los artículos que antes hemos citado, y aun la relativa á la unidad de acto, porque de otra suerte tendríamos que establecer distinciones y marcar preferencias en

la observancia ó no observancia de determinados requisitos, lo cual tampoco permite nuestro art. 716.

Asimismo se omite lo relativo á si entre los testigos ha de saber escribir uno por lo menos, como lo prevé el art. 3.674 del Código de la República Argentina, declarando el 3.675 que aquéllos deben ser varones y mayores de edad, si fuesen sólo soldados; pero bastando que tengan diez y ocho años cumplidos de la clase de sargento inclusive. Con el referido precepto da á entender dicha legislación que no es posible, la mayor parte de las veces, que testifiquen en los testamentos militares más que los mismos que acompañan ó forman parte del ejército. El Código de Baviera (art. 4.°, cap. IV, libro III) admite por testigos aun á las mujeres. El Código del Uruguay (art. 775, § último) exige que sólo uno de los dos testigos sepa firmar. El Código prusiano (artículos 177 y 183) solamente precisa la firma del testador.

Nuestra antigua legislación prescindía, como ya sabemos, de toda clase de formalidades, aunque la *Novísima Recopilación*, según puede comprobarse en los *Precedentes legales*, empezó ya á exigir algún requisito, y hasta el de que mediara Escribano cuando fuera posible encontrarlo en el lugar en que otorgase testamento el militar. La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Mayo de 1875 declara que no desconoce la facultad que concede á los aforados de guerra *la ley 8.ª, tít. XVIII, libro X de la Novísima Recopilación* para otorgar sus testamentos en cualquier papel en que conste su voluntad, la sentencia que declara no ser válida la copia de un testamento militar que no está firmada más que del testador, á pesar de expresarse en ella que sería firmada por testigos. De suerte que la misma legislación antigua y la que comprende el Novísimo Código civil contribuyen á mantener la duda antes expuesta.

Las formas de testamento militar que hemos examinado, según el art. 716, caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña.

***

En tiempo de guerra y en período de campaña pueden también las personas designadas en el art. 716 otorgar testamento cerrado, cumpliendo todas las formalidades de los casos ordinarios,

excepto en lo referente á la intervención notarial, que será suplida por la de un Comisario de guerra. Bien examinada esta disposición, presupone que muy tranquila ha de ser la situación del militar ó del que á él se equipare, para los efectos testamentarios, si han de cumplirse todos los requisitos de los artículos 706 y siguientes del Código, porque la única excepcionalidad que introduce el art. 717 es en cuanto á la persona que haya de ejercer la función notarial. En lo demás, habrá de acudirse á las prescripciones pertinentes de la *Sección sexta* anterior.

La mayor parte de las veces se empleará esa forma de testar porque el testador tenga ya escrito de antemano el proyecto de su última voluntad, precisando solamente del Comisario de guerra y testigos para la formalización de aquélla en la manera que dispone el art. 717. Esto no quiere decir que las necesidades de la campaña no puedan dejar tiempo y reflexión suficiente para meditar la redacción del que ha de ser testamento cerrado, porque no abrigamos la más ligera duda de que nuestro art. 717 alude, no sólo á las personas, sino también á las ocasiones determinadas en el artículo anterior. Aunque el legislador haya estado poco explícito en el art. 717, la inmediata colocación de ambos preceptos (el 716 y el 717) y la índole excepcional de la forma de testar que regula el segundo ahuyentan todo motivo de vacilación al sostener que no puede testarse militarmente en la forma cerrada soin en tiempos de guerra y hallándose el ejército en campaña. De lo contrario se destruiría indirectamente la naturaleza del privilegio ó excepción que venimos explicando en la presente *Sección séptima*.

Recordamos en este momento lo que hemos dicho en páginas anteriores al advertir la impropiedad de encomendar á un Comisario de guerra el oficio notarial, cuando estaría más en razón ejercido éste por cualquier individuo del Cuerpo jurídico-militar, siempre que formara parte del ejército, y sólo en su sustitución debería intervenir dicho Comisario; mucho más tratándose del testamento cerrado, para cuyo otorgamiento es preciso conocer un mayor número de solemnidades establecidas por el Derecho, teniendo además en cuenta la imposibilidad de que los cinco testigos que han de figurar en dicha forma cerrada, gocen de todas las condiciones que constituyan su perfecta idoneidad, principalmente por lo que se refiere á la vecindad ó domicilio.

Aplicando al presente caso ideas que tuvieron su amplio examen en el lugar debido, manifestaremos que no importa que el proyecto de testamento lo haya extendido el que goza del fuero militar, antes no sólo de entrar en campaña, sino hasta antes de pertenecer en cualquier sentido al ejército.

El § 4.º, tít. XI, lib. II de las Instituciones de Justiniano decía que si alguno antes de entrar en la milicia hizo testamento con arreglo á las formas legítimas, y siendo militar y estando en expedición lo abrió, añadió ó quitó alguna cosa, ó de cualquier otro modo manifestó su voluntad como soldado de que quería que valiera, el testamento será válido como el hecho de nuevo por un soldado.

Por lo demás, innecesario nos parece repetir toda la doctrina que envuelven los artículos 706 y siguientes: Bien reciente está su examen, y estudiándolos con aplicación al testamento cerrado militar hecho en tiempos de mayor normalidad de la guerra y en campaña, hemos podido comprobar que ninguna dificultad más que las indicadas, parece que ofrece su observancia. En comentarios sucesivos nos corresponderá tratar de la aplicación de parte de esos artículos 706 y siguientes á otras formalidades del testamento cerrado militar.

La disposición contenida en el art. 717 es completamente nueva en nuestro Derecho; ni el proyecto de 1882 ni el de 1851 la tienen prevista. Parece tomada de prescripciones análogas de los Códigos portugués (art. 1.946), chileno (1.047), de la República Argentina (3.678) é italiano (799), entre otros.

ART. 718. Los testamentos otorgados con arreglo á los dos artículos anteriores deberán ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general, y por éste al Ministro de la Guerra.

El Ministro, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al Juez del último domicilio del difunto, y no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid, para que de oficio cite á los herederos y demás interesados en la sucesión. Éstos deberán solicitar que

se eleve á escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil.

Cuando sea cerrado el testamento, el Juez procederá de oficio á su apertura en la forma prevenida en dicha ley, con citación é intervención del Ministerio fiscal, y después de abierto lo pondrá en conocimiento de los herederos y demás interesados.

Concordancias.—Análogo al art. 575 del proyecto de Código de 1851, é igual al 716 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Como disposiciones complementarias de los dos artículos que acabamos de comentar, siguen las de los 718 y 719, el primero de aplicación á ambos y el segundo que se refiere exclusivamente al 717.

Los testamentos abierto y cerrado que otorgue un militar ó persona que siga al ejército, en tiempo de guerra y período de campaña, se remitirán, al parecer, aun sin esperar á que fallezca el testador, al cuartel general, y por éste al Ministro de la Guerra.

Declara el art. 6.° del Reglamento para el servicio de campaña de 5 de Enero de 1882, que el primer acto de la organización de un ejército es la constitución del mando por la composición del cuartel general. La composición del cuartel general de un ejército de operaciones, prescribe el art. 10, será la siguiente: General en Jefe de Estado Mayor general, Comandante general de Artillería, Comandante general de Ingenieros, Inspector general de Comunicaciones y depósitos, Intendente general, Inspector de Sanidad, Auditor general, Vicario general, Gobernador del Cuartel general, Comandante de la Guardia civil, Conductor general de equipajes, Aposentador general, Guías, Escolta, Ordenanzas, Veterinarios, Herradores, Intérpretes, Imprenta ó Litografía. El artículo 16 dice que los Cuerpos de ejército y divisiones tendrán respectivamente sus cuarteles generales, proporcionales al del ejército. Las brigadas sólo llevarán un Oficial de Estado Mayor. Y por fin, el art. 17 ordena que para evitar equivocaciones en la

dirección de los pliegos, se denominarán: Cuartel Real, el del Rey; Cuartel general de tal ejército, el del General en Jefe; Cuartel general de tal Cuerpo de ejército, Cuartel general de tal división. Con estas referencias legales ya podrá comprenderse el significado de la frase «*Cuartel general*» que emplea el art. 718.

La prescripción del apartado primero de dicho artículo equivale en el fondo á la del 711 con referencia al testamento cerrado: Refiérese á la conservación de la última voluntad del testador en poder de las autoridades del orden militar, en vez de serlo en el de particulares ó funcionario notarial. El Negociado correspondiente del Ministerio de la Guerra será el encargado de la guarda y conservación de esas últimas voluntades y de proponer en su día el cumplimiento de las prescripciones restantes del artículo que comentamos.

La remisión del testamento al Cuartel general con toda la posible brevedad que las circunstancias del caso requieren, parece que deben hacerla el Capitán, Capellán, Facultativo, Oficial ó Comisario de guerra que hubieran recibido la última voluntad; porque son quienes, por razón de jerarquía y de procedimiento militar, han de entenderse con las Autoridades superiores que forman parte del Cuartel general y los que deben ser responsables de la conservación del testamento, después que éste haya sido otorgado, á no ser que el testador ó los testigos, por voluntad de aquél, recogieran el testamento y se atribuyeran, por tanto, esa responsabilidad.

La noticia del fallecimiento del testador la recibirán en el Ministerio de la Guerra por los partes de bajas debidamente acreditados que desde el Cuartel general se remitan á dicho Centro. Esos creemos que sean suficientes para proceder á la aplicación del apartado segundo de nuestro art. 718, ó sea para remitir el Ministro referido al Juez del último domicilio del testador el testamento; porque sería exigencia excesiva y además de imposible observancia la que obligase á acreditar dicho fallecimiento por medio de certificación del Registro civil respectivo.

Difícil será averiguar el último domicilio del difunto, si éste no lo dejó manifestado en el testamento abierto, ó si no resulta de la documentación que respecto al fallecido exista en el Ministerio de la Guerra. Para los casos en que esto no ocurra, indica el artículo que estudiamos el medio de dirigirse al Juez De-

cano de los de Madrid, quien de oficio citará á los herederos y demás interesados en la sucesión. Ese verbo *citar* empleado en el modo singular, debió serlo en el plural, porque tal citación, según el espíritu de dicho artículo, han de practicarla tanto el Juez del último domicilio del difunto como el expresado Decano en su respectivo caso. Así se desprende también del párrafo tercero del precepto. Esa competencia atribuída, aunque no sea más que sustitutoriamente, al Juez Decano de Madrid y al del último domicilio del difunto, representa una excepción al principio general formulado en el núm. 22 del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el cual, en las diligencias para elevar á escritura pública los testamentos escritos sin intervención de Notario y en las que hayan de practicarse para la apertura de los testamentos cerrados, será Juez competente el del lugar en que se hubieren otorgado respectivamente dichos documentos; porque es de suponer que ante esos Jueces á quienes ha de remitir el Ministro de la Guerra el testamento militar se han de instruir los oportunos expedientes de elevación á escritura pública y apertura. No hay en todo el art. 718 la más pequeña indicación de que el Juez del último domicilio del difunto ó el Decano de los de Madrid concluyan sus oficios después que hayan ordenado la citación de los herederos y demás interesados en la herencia, y deban trasladar las diligencias testamentarias al Juez cuya competencia declara la ley procesal civil en su citado art. 63. El expresado apartado 3.° hace, sí, referencia á aquella ley; pero solamente para la práctica de las diligencias de jurisdicción voluntaria antes indicadas, tanto en lo que se refiere al testamento militar abierto como al cerrado. Aunque hay un punto de partida conocido para determinar la competencia según la ley de Enjuiciamiento civil, cual es el lugar del otorgamiento de la última voluntad, por cuyo motivo pudiera corresponder al Juez del partido donde esté enclavado el campamento ó punto en que testó el militar y demás que siguen ó acompañan al Ejército, siempre que ambos se hallen en territorio español, el sentido de todo el art. 718 no autoriza esa interpretación, que además sería de imposible práctica cuando el testamento se hubiera otorgado hallándose las fuerzas militares españolas en territorio de otra Nación.

Ténganse presentes, para comprender el significado legal de

la palabra *«domicilio»* la prescripción del art. 40 del Código y las reglas que comprende el 64 de la ley de Enjuiciamiento civil. El 68 de esta última declara que el *domicilio legal* de los militares en activo servicio será el del pueblo en que se hallare el Cuerpo á que pertenezcan cuando se hiciere el emplazamiento. A esta clase de domicilio legal no puede referirse nuestro art. 718, porque aparte de que el art. 68 habla á los efectos procesales de la incoación de un juicio, si se refiriera á dicho domicilio legal no aludiría al último que tuvo el testador. Nosotros creemos que con esa frase *«último domicilio que tuvo el difunto»*, se alude al de que éste gozaba antes de salir á campaña. Por otra parte, con mucha mayor facilidad y eficacia citará á los herederos é interesados en la herencia, el Juez de la última residencia habitual del testador antes de salir á campaña: En ese lugar debe suponerse que han de hallarse, por regla general, dichos herederos é interesados, á quienes, por tanto, será más factible también citar en persona. Los vínculos creados en la familia y las amistades adquiridas durante la convivencia social en el lugar del nacimiento, en el que se haya pasado el mayor tiempo de la vida, ó en el que se lograron y conservaron muy indisolubles relaciones en todos los órdenes de la actividad humana, ideas que implican todas las de residencia habitual, domicilio fijo, creemos que son preferidas por el legislador en el particular de que venimos tratando, á la consideración accesoria de haber residido accidentalmente el militar en uno de los puntos recorridos por el ejército á que perteneciera.

Los párrafos 2.° y 3.° del art. 718 ostensiblemente se refieren á los testamentos abiertos; porque de otra suerte no podrían tener noticia los Jueces que el primero cita de los herederos é interesados en la sucesión; y no se hablaría en el segundo de la necesidad de elevar á escritura pública el testamento.

La particularidad de que el Juez del último domicilio ó el Decano de los de Madrid ordenen de oficio la práctica de la citación antedicha, no contradice la observación hecha en comentarios anteriores, al tratar de la parte adjetiva de los testamentos abiertos que hayan de ser convertidos en escritura pública y de los cerrados cuya apertura haya de realizarse, refiriéndonos á que en estas materias nunca debe proceder el Juez más que á instancia de la parte considerada legítima para el caso por la ley de

procedimiento civil: A los herederos é interesados en la herencia, que son esas mismas partes legítimas, al citárseles no se hace más que ponerles en condiciones de pedir por sí solos esa elevación á escritura pública del testamento, si es que voluntariamente quieren tomar tal iniciativa, porque si no la autoridad judicial terminará su cometido después que se practique la citación acordada, sin que de oficio pueda hacer ninguna otra cosa más.

A dichos interesados, en una palabra, se les cita para que sepan que les ha sido reconocida esa condición por el testador, lo que de otro modo ignorarían, á fin de que después procedan como bien les parezca y convenga. A tales efectos habrá que considerar como interesados en el testamento abierto, y, por lo tanto, como personalidad legítima para acudir ante el Juez que haya de instruir el expediente de jurisdicción voluntaria, al que hubiere recibido en el testamento cualquier encargo del testador, según el núm. 2.° del art. 1.944 de la ley procesal civil.

Algunas dificultades habrá de ofrecer la práctica de los trámites que comprende el *tít. VI*, *libro III* de dicha ley adjetiva, al aplicarlos al testamento abierto militar, y cuyo procedimiento en su totalidad deberá seguirse, al parecer, sin modificación alguna, ya que en términos absolutos habla el párrafo 3.° de nuestro art. 718.

Por de pronto, hay que partir de la consideración de que el testamento siempre se presentará escrito; y en él habrán de reconocer sus firmas, tanto los dos testigos que asistieron á su confección, como el Capitán, Facultativo, Capellán ó Jefe del destacamento que presidiera el otorgamiento. El Juez expedirá el oportuno exhorto á la autoridad militar respectiva si el Ejército se halla todavía en campaña, ó al Juzgado correspondiente si ha cesado la guerra, en cuyo exhorto se incluirá el testamento para que puedan reconocer dichas personas las suscriciones que en el mismo hayan estampado, y para que además sean examinadas por el contexto de la disposición testamentaria, á fin de que digan si es la misma que se les leyó y si tienen por legítimas sus respectivas firmas y rúbricas, en el caso de haberlas puesto, según dispone el art. 1.952 de la ley procesal.

¿Y en qué Notaría se ha de protocolizar el testamento militar abierto? No vemos inconveniente en que se observen aun en ese

caso las disposiciones de los artículos 76 del Reglamento del Notariado de 9 de Noviembre de 1874 y 1.965 de la ley de Enjuiciamiento civil; o sea, preferir ante todo la voluntad del testador, si la dejó indicada, eligiendo el archivo notarial á que había de quedar incorporado su testamento; y, á falta de tal elección, acordar la protocolización en los registros del Notario de la cabeza del partido judicial en que se hayan instruído las diligencias de jurisdicción voluntaria; ó, habiendo más de un Notario, en el Archivo del que el Juez designe.

Si el testamento militar es cerrado hay que proceder á su apertura; y también de oficio, porque de lo contrario se dilataría su publicidad por un tiempo indefinido. A ese efecto, dispone el último apartado de nuestro art. 718, sustituyendo á las primeras prescripciones pertinentes del *tít. VII, libro III* de la ley procesal, que la apertura se haga con citación é intervención del Ministerio fiscal, el cual representará en ese acto, tanto a la parte que con personalidad legítima pudo haber pedido dicha apertura, con arreglo a los artículos 1.956 y 1.957 de la expresada ley, como a los testigos y Comisario de Guerra que deberán tener estampadas sus firmas en la carpeta del testamento; a los cuales, por tanto, no habrá necesidad alguna de citar, porque el acto de la apertura, único en que, según los artículos 1.960 y 1.961 de la ley rituaria sería indispensable su asistencia, ya se practica subsidiariamente en la forma antes indicada.

El Código no habla más que de quedar abierto el testamento; por lo tanto, las excepcionalidades de que tratamos no rigen más que hasta ese momento; en los sucesivos trámites se observará la ley adjetiva.

El Ministerio fiscal cuidará de si sobre la carpeta existe indicación alguna, en la que se determine ó por la que se deduzca la prohibición de la apertura hasta una época determinada, en cuyo supuesto, por encima de la prescripción del Código de que la apertura se hará de oficio, está la voluntad del testador y la ley procesal que no autorizan entonces tal diligencia. El actuario cuidará de examinar en qué estado viene el pliego testamentario, describiendo todas las circunstancias que contribuyan á determinar sospechas de haber sido abierto ó sufrido alguna enmienda ó raspadura.

El Juez debe prescindir del cumplimiento del art. 1.959 de la ley procesal, porque la prueba del fallecimiento del testador necesaria para la apertura del testamento ya resulta del hecho de la remisión de éste á la autoridad judicial por el Ministerio de la Guerra; y repetimos que de lo que se trata simplemente con tales diligencias es de abrir el testamento para saber quiénes, en un concepto ú otro, son los interesados en la herencia, los cuales si quieren, pueden completar la acción judicial demandando la práctica de los restantes trámites, que conviertan el testamento en plenamente eficaz y obligatorio.

El Juez, pues, hará caso omiso de los demás artículos siguientes al 1.958 de la expresada ley y observará el 1.966, es decir, abrirá el pliego testamentario, á no ser que exista la prohibición de la apertura, y en presencia exclusivamente del Ministerio fiscal, á quien dará á conocer lo dispuesto por el testador, ordenando á seguida citar en forma legal á los que en el testamento se comprenda que pueden tener algún interés en la sucesión del difunto. Los que así sean considerados por el Juez y citados debidamente (en persona por cédula ó por medio de edictos en los periódicos) podrán después pedir que en audiencia pública se dé lectura del testamento, cumpliendo los artículos 1.967 y 1.968 de la ley de enjuiciar, y después que se protocolice con todas las diligencias originales de la apertura en los registros del Notario que haya designado el testador, y á falta de esta designación, en los del que el Juez acuerde, porque no es posible de otro modo aplicar por analogía los preceptos de dicha ley y del Reglamento notarial sobre el particular.

Dicho Notario pondrá después en conocimiento de la Junta directiva del Colegio notarial respectivo la protocolización del testamento, para incorporarlo al Registro de actos de última voluntad, ya que antes de ese momento no es posible realizar tal trámite.

Declarado nulo un testamento militar otorgado en condiciones de mayor tranquilidad de la campaña y según lo previsto por el art. 717, el Capitán, Capellán, Facultativo, Jefe del destacamento ó Comisario de guerra, en su respectivo caso, responderán de los daños y perjuicios en su virtud causados, cuando hayan procedido con culpa ó negligencia. Aunque el Código

calla sobre este extremo en la presente *Sección séptima*, quedan siempre como aplicables á todos los casos en general las reglas de las obligaciones que nacen de culpa ó negligencia, *cap. II, título XVI, libro IV* del Código.

***

El Código de justicia militar de 27 de Septiembre de 1890, en el núm. 2.° de su art. 11, declara que la jurisdicción de Guerra es también competente para conocer en materia civil de los testamentos otorgados por militares pertenecientes á un ejército en campaña ó en país extranjero, con arreglo á los artículos 716 al 721 del Código civil, entendiéndose reducida la competencia de tal jurisdicción á los límites que en estos artículos se determinan. Ya hemos visto á qué trámites tan sencillos y á qué escasa intervención queda reducida esa competencia, la únicamente precisa por razón de las circunstancias anormales en que se encuentra el militar en campaña.

Como la práctica del procedimiento objeto de nuestro artículo 718, y aun el de los 720 y 721, puede á veces dilatarse algún tiempo, no hay que echar en olvido la excepción establecida por el art. 268 de la ley orgánica del Poder judicial de 15 de Septiembre de 1870 confirmada por el 52 de la ley de Enjuiciamiento civil, según los cuales, la prevención de los juicios de testamentaría y *ab intestato* de los militares muertos en campaña corresponde á los jefes y autoridades de Guerra; limitándose tal prevención á la práctica de las diligencias necesarias para el enterramiento y exequias del difunto, formación de inventario y depósito de los bienes, libros y papeles y su entrega á los herederos instituídos ó á los que lo sean *ab intestato* dentro del tercer grado civil, siendo mayores de edad y no habiendo quien lo contradiga. En otro caso, y cuando no se hayan presentado los herederos, ó sea necesario continuar el juicio, se pasarán las diligencias al Juzgado á quien corresponda el conocimiento de la testamentaría ó del *ab intestato* dejando á su disposición los bienes, libros y papeles inventariados.

El referido Código militar, en el número primero de su artículo 11, ha modificado alguno de los expresados particulares, extendiendo hasta el cuarto grado civil el parentesco de los here-

deros *ab intestato* á quienes hayan de entregarse los bienes hereditarios, haciendo desaparecer la restricción de que aquéllos sean mayores de edad y el extremo de que no haya quien contradiga la entrega. Añade que cesará la intervención de las autoridades militares, pasando las diligencias á la jurisdicción ordinaria, tan luego como los asuntos del *ab-intestato* adquieran carácter contencioso. Obsérvase asimismo que el referido artículo del Código militar no cita para nada á los testamentarios.

Según los artículos 131 y 132 del mismo Código, son competentes para promover las primeras diligencias de *ab-intestato* de los militares de todas clases, empleados y dependientes del ejército, las autoridades militares de la localidad y, en su defecto, los jefes y oficiales á cuyas órdenes estuviere el finado: Cuando algún individuo del ejército, separado de un cuerpo, falleciese en navegación, practicará las primeras diligencias del *abintestato* el comandante ó capitán del buque que lo condujere, entregándolas para su continuación á la autoridad competente del punto de arribada español. El art. 740 previene que, ocurrido el fallecimiento de un militar en servicio activo, la autoridad militar del punto en que tenga lugar dará comisión á un oficial del cuerpo á que pertenezca el finado, á un ayudante de plaza ó á otro oficial, para que, personándose en la casa mortuoria, presten los auxilios necesarios; y se practicará después todo lo demás que detalladamente establece el *capítulo II del tít. XXVII, tratado 3.°* de dicho cuerpo legal militar, al que para mayores ampliaciones remitimos al lector. *(Véase Apéndice.)*

ART. 719. Los testamentos mencionados en el artículo 716 caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña.

Concordancias.—Análogo al art. 576 del proyecto de 1851 é igual al 717 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO. — Los testamentos abiertos que en tiempo de guerra y durante la campaña pueden otorgar los militares, vo-

luntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el Ejército ó que sigan á éste, son condicionales, como todas las formas privilegiadas de testar, introducidas sólo en consideración á circunstancias anormales: Desaparecidas éstas, cesa asimismo la razón de ser de aquéllas. Si concluyó la epidemia, si ha pasado el peligro inminente de muerte sin que ésta sobreviniera, si el militar vuelve á la misma situación de normalidad que todos los demás ciudadanos, deja ya de tener justificación el privilegio: Todos los que se han encontrado en ese estado de apremio y de riesgos posibles y graves contra su vida se someten á la esfera niveladora que el Derecho civil, en circunstancias también iguales, establece para todos los hombres.

El militar, aunque siga siendo militar, si abandona la vida irregular de sorpresas, de intranquilidad continua, de carencia de medios para solemnizar, según la norma ordinaria, los actos jurídicos, y torna á la vida de cuartel, de guarnición, de simple fuerza preventiva para garantizar la seguridad de la Nación, queda sometido á la ley común, y no hallándose en otros casos de imposibilidad, testará por medio de Notario y con el número de testigos y formalidades, que variarán según adopte la forma pública ó la cerrada.

Como el art. 716 hemos dicho que indudablemente no se refiere más que á los testamentos militares abiertos otorgados en la situación de mayor tranquilidad de la guerra, la más vulgar lógica indica que el 719 debió insertarse á continuación del primero, como una aclaración suya, y hasta podría constituir uno de sus apartados, ya que el 718 comprende disposiciones comunes á los 716 y 717.

Los testamentos cerrados del 717, por la clase de solemnidades que en ellos concurren, tienen ya carácter definitivo y son, al parecer, para ese efecto verdaderos testamentos comunes.

El Derecho romano, en el § *tercero, tít. XI libro II de las Instituciones* de Justiniano, conforme con la *ley 26, tít. I, libro XXIX del Digesto* (1), declara que las *Constituciones imperiales* sólo conceden el privilegio del testamento militar á los soldados en

(1) *Testamenta eorum, qui ignominiae causa missi sunt, statim desinant militari iure valere quod anni spatium testamentis eorum qui honestam vel causariam missionem meruerunt tribuitur.*

cuanto militan y viven en los campamentos; así, los veteranos, después de despedidos del servicio, ó los que aún militan, si otorgan testamento fuera de sus campamentos, deben hacerlo siguiendo las formas del Derecho común á todos los ciudadanos romanos; el mismo testamento que hicieren en el campo, no con arreglo al Derecho común, sino á su albedrío, sólo será valedero por un año desde que dejaren el servicio. Estas disposiciones no se previeron en la legislación española antigua, por regular el testamento militar como un privilegio propio de la milicia en cualquiera situación en que ésta se encontrara: Ni en el *Fuero Juzgo* ni en *las Partidas* ni en la *Novísima Recopilación* hallamos limitación alguna respecto al tiempo durante el que ha de reputarse válido el testamento militar. Las *Ordenanzas del Ejército* continuaron mandando aplicar aquél para todos los casos y circunstancias sin distinción. Hasta el proyecto de Código civil de 1851, de cuyo art. 576 está copiado el que comentamos, no empieza á señalarse duración á la eficacia del testamento militar, expresándose en ese mismo sentido el art. 717 del proyecto de 1882.

En la fijación de ese plazo cabe favorecer más ó menos á la clase militar, teniendo en cuenta las prerrogativas á que es acreedora por el servicio que presta á la Nación. Los Códigos extranjeros ofrecen sobre el particular la más disconforme variedad. Desde el portugués (art. 1.945) y el de Guatemala (787), que fijan ese plazo en un mes, siguen los de la República Argentina (3.676), el italiano (803), chileno (1.044), de Holanda (999) y de Colombia (1.101) señalando el período de tres meses ó noventa días, los francés (984) y del Urugüay (778) designando el de seis meses ó ciento ochenta días; y, por último, los de Baviera (artículo 4.°, cap. IV, lib. III) y de Prusia (192), que marcan el plazo de un año. Nuestro Código se ha colocado en un término medio razonable, al fijar el período de cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña.

El plazo además, por lo que se ve, ha de aprovechar y favorecer individual y exclusivamente á cada testador, á cada militar. No ha de servir en todas ocasiones de punto de partida para el cómputo de ese tiempo la declaración del fin de la guerra ó de la campaña; como sucede tratándose de los testamentos otorgados en período de epidemia, respecto de ésta. Bien puede seguir la guerra y continuar acampado el ejército; y, no obstante, alguna

compañía, alguna división, algún batallón, algún destacamento, algún soldado suelto, Oficial ó Jefe, estar autorizados para retirarse á sus cuarteles, á guarnicionar una plaza no comprendida en los efectos de la declaración de guerra, ó á sus mismas casas: Reducidos, por tanto, á las condiciones ordinarias de vida, obligados se encuentran asimismo á adoptar las formas comunes de testar. Por esto algunos Códigos como el de la República Argentina, con mayor claridad de expresión declaran que si el testador falleciere antes de los noventa días subsiguientes á aquel *en que hubieren cesado con respecto á él las circunstancias que lo habilitan para testar militarmente,* valdrá su testamento como si hubiera sido otorgado en la forma ordinaria: Si el testador sobreviviere á este plazo, su testamento caducará.

La dejación de la campaña es un extremo que en su día y oportunidad podrá acreditarse de diversas maneras: por medio de testigos, con la orden escrita individual de retiro que se dé á cada oficial, Jefe ó individuo que forme parte ó siga al ejército, ó con certificación expedida por el encargado ó funcionario correspondiente del Cuartel general ó del Ministerio de la Guerra, relativa al acuerdo tomado de retirada de todo ó parte de un ejército del campamento en que opera: Es, por tanto, cuestión de mero hecho que habrán de decidir los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, si se formulara acción de nulidad contra un determinado testamento militar.

El plazo de que trata nuestro art. 719, claro es que puede sufrir alguna interrupción, destructora de todos los efectos que dicho precepto persigue. Si antes de finalizar esos cuatro meses, el militar vuelve á campaña, y á encontrarse, por tanto, en condiciones de testar militarmente, el tiempo que de ese período ha transcurrido se tendrá como de ningún valor para el objeto de la caducidad del testamento; porque, como dice el ilustre jurisconsulto Rogron, la condición que hubiera anulado *ipso iure* dicho testamento no se ha cumplido; y, como observa el tratadista Troplong, á tal objeto debería empezar á contarse un nuevo plazo de tres meses desde que la segunda expedición militar hubiese sido terminada.

La prescripción de nuestro art. 719 ya veremos que también es aplicable á los testamentos abiertos que se otorguen durante una batalla, asalto, combate y, generalmente, en todo peligro

próximo de acción de guerra, de los cuales vamos á tratar seguidamente.

ART. 720. Durante una batalla, asalto, combate y, generalmente, en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos.

Pero este testamento quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó.

Aunque no se salvare, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de guerra ó funcionario de justicia que siga al ejército, procediéndose después en la forma prevenida en el artículo 718.

Concordancias.—Análogo al primer párrafo del art. 577 del proyecto de 1851 y al 718 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véase la ley 4.ª, tít. I, Partida 6.ª, anotada al pie del art. 716.*

Ordenanzas del Ejército de 22 de Octubre de 1768, tratado VIII, título XI.—Art. 2.° En el actual conflicto de un combate ó sobre el inmediato caso de empezarle podrá testar como quisiere ó pudiere por escrito sin testigos, siendo válida la declaración de su voluntad como conste ser suya la letra, ó de palabra ante dos testigos que depongan conformes haberles manifestado su última voluntad.

Art. 3.° Igualmente será válido el testamento hecho de cualquiera de los modos que expresa el artículo antecedente en todo naufragio ú otro cualquiera inminente riesgo militar en que se halle el testador, bastando en estos casos que manifieste seriamente su voluntad á dos testigos imparciales, aunque no sean rogados.

ART. 721. Si fuere cerrado el testamento militar, se observará lo prevenido en los artículos 706 y 707; pero se otorgará ante el Oficial y los dos testigos que para el abierto exige el art. 716, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, como asimismo el testador, si pudiere.

Concordancias.—Igual al art. 719 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 720 Y 721.—Con el examen de los dos preceptos del Código transcritos, estudiaremos las formas de testar que los militares, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el Ejército, ó que sigan á éste, pueden emplear en la segunda situación de mayor riesgo, peligro inminente, amenaza próxima contra la vida, á que nos hemos referido en comentarios anteriores. Esta consideración general preliminar nos servirá para resolver algunas cuestiones que, con motivo de la interpretación del art. 721, han de presentarse.

No basta hallarse en campaña, ni que la guerra esté encendida, ni aun tener al enemigo invadiendo nuestros dominios, para que sea procedente acudir al testamento militar abierto del artículo 720 ó al cerrado del 721. Los casos demostrativos con que comienza la redacción del primero alejan toda duda respecto al propósito del legislador, que en ellos late indudablemente. La batalla, el asalto, el combate, son ya acciones de tal gravedad dentro de las peripecias de la guerra, que suponen en ella el grado de mayor riesgo, el momento en que el que toma parte en tales actos sólo puede testar valiéndose del órgano de expresión que le queda disponible, ó sea la lengua. Los referidos casos demostrativos se caracterizan todavía más con la siguiente frase genérica: «*y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra.*»

Y no nos sorprende que á este objeto se proceda con un prudente rigor, en bien del mismo que testa en la forma militar, porque ya el legislador ha sido pródigo en facilidades con el que,

encontrándose ante los peligros remotos ó inmediatos de la guerra, puede siquiera contar con el consuelo de disponer su última voluntad lo mismo que los restantes hombres, aunque con menores solemnidades que éstos, como es natural. La autoridad judicial, en su día y caso, está, por tanto, en el estricto deber de aquilatar y comprobar la verdadera situación en que se encontraba el testador al disponer su testamento, según los artículos 720 y 721, no autorizando en modo alguno la elevación á escritura pública de testamentos otorgados por las reglas de esos dos preceptos cuando debieran haberse regido por los de los 716 y 717, en su caso.

Las Ordenanzas del Ejército, según puede verse en los *Precedentes legales*, suponían *«el actual conflicto de un combate»*, ó el caso inmediato de empezarle; y algunos Códigos extranjeros (pues la mayoría no prevén esa situación de mayor riesgo en el campamento) hablan de peligro inminente de muerte. Lo que nos induce á creer que las formas de testar cuyo examen constituye el objeto del presente comentario son aquellas á que habrá de acudirse en último extremo, empleando, si es posible, en caso de duda y de no ser el peligro tan inmediato, las de los artículos 716 y 717, para evitar contrariedades en el día de mañana y prever las contingencias y reclamaciones que pudieran oponer los herederos y demás interesados en la sucesión del militar difunto.

El testamento que supone el primer apartado del art. 717 se reduce á una simple manifestación de palabra del militar ó personas á él equiparadas en el momento en que sea próxima la inminencia del ataque ó de la entrada en una acción ofensiva de guerra, ante los mismos soldados, oficiales, jefes ú otras personas adscritas al Ejército, que se encuentren á su lado ó en sus inmediaciones.

En dicho apartado del art. 717, ya el legislador se cuida de no calificar á esos dos testigos que han de oir el testamento verbal, porque sería absurdo exigir determinadas condiciones de idoneidad en los momentos de grave peligro en que ante el temor de una muerte probable, se procura dejar arregladas de la mejor manera posible las cuentas y obligaciones pendientes en esta vida.

Como se supone que han de acompañar al Ejército ó formar parte de él varones mayores de diez y nueve años, con capacidad

física y legal, hay que tolerar, por lo demás, el que dejen de cumplirse todos los requisitos enumerados por el art. 681. Dos únicas excepciones sólo creemos que deben oponerse: la de testigos menores de diez y seis años y la de los que no conozcan el idioma en que se exprese el testador. Esta es la más natural, porque los testigos son, en la forma testamentaria regulada por nuestro art. 720, el único y exclusivo medio de conocer lo ordenado en sus últimos momentos por el testador.

Y la excepción relativa á los menores de diez y seis años la fundamos en que ese es el límite mínimo que el legislador ha puesto á la edad de los que testifiquen en las últimas voluntades, siendo asimismo el designado para el caso del testamento otorgado en tiempo de epidemia. De otro lado, el que cuenta menos de esa edad, difícilmente podrá formarse idea de las declaraciones del testador, cuyo contexto ó sentido tiene que conservar en su memoria para ser convertidas á la escritura después del fallecimiento de aquél. Por lo demás, opinamos que pueden ser testigos en esa forma militar de testar hasta las mujeres, como, por ejemplo, las cantineras que acompañan al Ejército ú otras que se encontraran accidentalmente cerca del testador en el momento en que éste fuese á disponer su última voluntad, no siéndole fácil recurrir á varones adornados de mayor número de condiciones legales. Lo menos que podemos pedir para el testamento militar hecho durante una batalla, asalto, combate y, generalmente, en todo peligro próximo de acción de guerra, es su equiparación, en la excepcionalidad que representa, con el otorgado en tiempo de epidemia, y creemos que no extremamos el paralelo.

Esa especie de testamentos es condicional; si el testador sobrevive á los peligros referidos, se tiene como no hecho; ha de volver á testar aunque sea por los trámites de los artículos 716 y 717.

Falleciendo el testador, no por consecuencia de otros peligros, sino de los mismos que le indujeron á testar en esa manera excepcional, es preciso escribir, dar forma, que eso supone la palabra *formalizar* empleada en el art. 720, á lo que dicho testador expresó de palabra. Esa operación se entiende que ha de ejecutarse en el término más breve posible, después del fallecimiento. Los testigos mismos han de acudir, por obligación de conciencia y en virtud

de mandato de la ley, de cuya inobservancia habrán de responder debidamente en su día, al Auditor ó funcionario de justicia que siga al Ejército, manifestando haber oído á la persona de que se trata proferir las declaraciones que ordenó se tuvieran como su última voluntad; y esto siempre que de algún modo les constase la muerte de dicha persona, porque otra prueba del fallecimiento no es posible exigir en circunstancias tan críticas ó excepcionales como las que venimos suponiendo en el presente comentario. Dichos funcionarios recogerán por escrito esas manifestaciones, dando por tanto lugar á que sea posible la aplicación del art. 718, que parte ya del supuesto de un testamento escrito, y observándose después toda la sucesiva tramitación que hemos explicado al estudiar el mencionado precepto.

El Auditor y esos funcionarios de justicia que cita el art. 720 se comprende que han de ser los que componen el Cuerpo jurídico militar; ya que éste, según el art. 6.° del Reglamento de 14 de Enero de 1893, hoy vigente, tiene como principal misión facilitar la buena, recta y pronta administración de justicia y la exacta aplicación de las leyes del Ejército. Dicho Cuerpo, según el art. 1.° del mismo Reglamento, se compone de las categorías siguientes: 1.°, de Consejeros y Fiscal togados del Consejo Supremo de Guerra y Marina, con asimilación á Generales de división; 2.°, de Auditor general de ejército, asimilado á General de brigada; 3.°, de Auditor de guerra de distrito, asimilado á Coronel; 4.°, de Teniente Auditor de primera clase, asimilado á Teniente Coronel; 5.°, de Teniente Auditor de segunda clase asimilado á Comandante; 6.°, de Teniente Auditor de tercera clase, asimilado á Capitán; y 7.°, de auxiliares de Cuerpo, con la asimilación de primeros Tenientes.

El art. 38 del Código de justicia militar de 27 de Septiembre de 1890 declara que en las Capitanías generales de distrito, ejércitos de campaña, prevenidos ó de ocupación, Cuerpos de ejército, divisiones ó brigadas, plazas de guerra y Gobiernos militares, habrá los Auditores y demás funcionarios del Cuerpo jurídico-militar que exijan las atenciones del servicio, según las atribuciones judiciales de las autoridades ó jefes militares respectivos. En el examen que hemos hecho de la legislación existente reguladora de las funciones del Cuerpo jurídico-militar no encontramos disposición alguna que concretamente atribuya á los

individuos que lo componen la misión á que se alude en el último párrafo del art. 720 del Código civil; pero indudablemente son aquéllos los funcionarios de justicia de que trata en el precepto que comentamos.

En la letra del art. 720 no están comprendidos los que, por consecuencia de la batalla, asalto, combate y, en general, de toda acción de guerra, se encuentran heridos y quizá en peligro de sucumbir muy pronto. ¿Podemos considerarlos incluídos en el espíritu de dicha disposición? El párrafo 3.° del art. 716 prevé que el testador se halle enfermo ó herido, pudiendo testar ante el capellán ó Facultativo que le asista; pero en este caso se exigen más requisitos á los dos testigos que han de intervenir, y además es preciso reducir á escrito la voluntad testamentaria en el mismo acto del otorgamiento. ¿Serán éstas las reglas que procederá aplicar al herido ó moribundo á que antes nos hemos referido? ¿Habrán de exigirse más solemnidades al que, desangrándose sobre el campo de batalla, como una de las víctimas de la acción militar terminada, en las agonías quizá de una muerte segura, apenas conserva expeditas más que su inteligencia y la facultad de expresar los últimos pensamientos que con todas sus ansias y el mayor interés quisiera dejar perpetuados por medio de los que le rodean entonces, para bien de su familia y deudos, que al que, sano y en el libre ejercicio de todas sus potencias, sentidos y miembros del cuerpo, testa en consideración al peligro que se avecina ó en el transcurso de una acción de guerra? El artículo 720, en su contexto literal, parece referirse á tiempos futuros, cuando se vea el peligro próximo de una acción de guerra, ó *durante* una batalla, asalto ó combate; de modo que excluye el tiempo que inmediatamente subsigue á esos hechos de armas, cuando, suspendidas las hostilidades por el momento, ó declarada la victoria en favor de uno de los ejércitos combatientes, queda terminada la lucha sangrienta, de la cual sólo restan como huellas y recuerdos dolorosos los cadáveres de ignorados héroes y los numerosos lesionados que conservan aún señales de una vida que se acaba por instantes. El moribundo en tal situación podrá recurrir al privilegio que le concede el art. 700 del Código, regulador del testamento que se otorgue en peligro inminente de muerte, y el cual no es de precisión que se escriba, aunque habrán de presenciarle cinco testigos idóneos. Estas formalidades

nos parecen menores que las del art. 716, ó al menos de más fácil observancia, si resulta hacedero reunir ese número de testigos.

Atribuímos á una impropiedad de redacción del art. 720 la duda de que venimos ocupándonos, pero nos detiene la consideración de que las palabras de la ley rechazan la opinión que vamos á formular, siquiera concuerde con el propósito del legislador, que no pudo ser ilógico en sus creaciones, ni menos antihumanitario, como lo sería ciertamente denegando á un militar herido ó moribundo por consecuencia de una acción de guerra ya terminada la facultad de testar verbalmente ante dos testigos.

Si un testamento hecho en tales condiciones se presentara á ser discutido ante los Tribunales, nosotros mostraríamos nuestro parecer en el sentido de su perfecta validez, siempre que otra clase de obstáculos legales no condujeran á la nulidad del mismo. Los principios generales del Derecho, los argumentos de verdadera analogía que se desprenden de la situación del que testa según la letra del art. 720 y del que está en peores condiciones de mayor gravedad y riesgo contra su vida, y la máxima eterna de justicia «*ubi eadem est ratio, eadem esse debet legis dispositio*», decidirían, á nuestro juicio, indudable y razonablemente la cuestión.

***

La forma cerrada del testamento militar que se otorgue en la situación de extraordinarios riesgo y urgencia en que un militar ó personas que sigan al Ejército en campaña y tiempo de guerra pueden encontrarse según la regula el art. 721 del Código, muy raras veces habrá de emplearse, y todavía menos que la del 717. Las más de las veces sólo se usará cuando el testador lleve ya consigo escrita su última voluntad y encerrada en el pliego que ha de autorizarse sobre el campo de batalla ó en punto en que experimente el peligro próximo de una acción de guerra. El artículo dicho 721, por tanto, alude simplemente al que hemos denominado siempre *otorgamiento* del testamento cerrado.

Ejercerán las funciones notariales en el caso que nos ocupa, el oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán; y no podrá, al parecer, intervenir en tal sentido el Comisario de Guerra, porque no se hace en el art. 721 más referencia que al 716, lo cual representa para nosotros un evidente contrasentido. Los

dos testigos que acompañen á dicho funcionario notarial serán idóneos, con la restricción que expusimos al comentar el último apartado de dicho art. 716: En ese sentido, pues, juzgamos que no podrán entonces testificar las mujeres ni aun los menores de edad. Esos testigos necesitan irremisiblemente saber firmar ambos, porque se exige su firma en el acta de otorgamiento, según el artículo 721. Al testador no se le obliga á firmar, excusándosele para cuando no pudiere, como se hace también en el testamento cerrado ordinario: En esa tarea podrá sustituirle uno de los testigos, puesto que dicho artículo recuerda la aplicación, en su totalidad, de los artículos 706 y 707, aparte de las excepcionalidades que específicamente determina.

El Sr. Alcubilla, en su *Diccionario de la Administración española*, duda de si el art. 721 se refiere al testamento militar otorgado durante un hecho de armas, y de si la forma de testar que regula conserva su fuerza obligatoria en todo caso, salvo el de revocación, ó caduca conforme al art. 719 ó al segundo párrafo del 720. La primera duda nos parece excusada, dicho sea salvando el respeto que nos merece siempre la autorizada opinión de dicho publicista. Aun cuando el art. 721 nada expresa, el testamento cerrado á que alude no puede ser más que el que se otorgue durante un hecho de armas, porque dentro de la *Sección* en que nos encontramos, reguladora de las distintas modalidades del testamento militar, no pueden darse, como ya hemos dicho, más que dos situaciones, la de campaña no existiendo el peligro próximo de una acción de guerra, y la que se produce cuando éste se avecina; para la primera situación ofrecen modelos de testamentos los artículos 716 y 717, y para la segunda los 720 y 721; de modo que este último no puede aludir al propio tiempo al caso que prevé el 717, que también determina otra forma de testamento cerrado. La misma manera de comenzar el art. 721, *«si fuera cerrado»*, da á entender que se refiere al supuesto de que parte el anterior art. 720. Es claro que todo motivo de vacilación respecto al particular desaparecería si la disposición del art. 721 no se hubiese puesto en numeración aparte, sino formando otro de los párrafos del art. 720, que sería lo más lógico y lo más claro, á no hacer referencia á las circunstancias del anterior precepto.

En cuanto á la segunda duda, también nos parece de todo punto evidente, contra el parecer del Sr. Alcubilla, que los tes-

tamentos cerrados militares regulados por el art. 721 no pueden ser provisionales sino definitivos en cuanto á sus efectos, es decir, no caducan por lapso alguno de tiempo, sino exclusivamente en el caso de revocación. El art. 719 alude exclusivamente á la modalidad testamentaria regulada por el art. 716, y el 720, párrafo segundo, menciona nada más que los testamentos verbales hechos durante una batalla, asalto, combate ó en todo peligro próximo de acción de guerra, para los efectos de la caducidad; nada se indica respecto á los testamentos cerrados del art. 717 ni del 721. Luego, por el principio *inclussio unius exclussio alterius*, y por la consideración de que no hay el más insignificante dato que pruebe ser otro el propósito del legislador, habrá que convenir en que, si al testamento del art. 721 no se le ha puesto límite alguno, en cuanto á los efectos de su duración, y sí á otras formas del testamento militar, ha de tener la primera toda la eficacia de los testamentos cerrados ordinarios. El párrafo segundo del art. 720 dispone bien terminantemente: «*este testamento* (es decir, el verbal sólo) quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó.» Nada importa que el artículo 730 haya aplicado á todas las formas del testamento marítimo la prescripción general de que caducarán á los cuatro meses, contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria. Esto indicará que el legislador pudo haber sido un poco más severo tratándose de los testamentos marítimos que de los militares, ó que en éstos fué menos explícito al regular todas sus incidencias. Pero nos parece fuera de toda discusión que, según la letra, y aun según el espíritu, ó al menos sin que éste contradiga á aquélla, los testamentos cerrados otorgados durante una batalla, asalto, combate y, generalmente, en todo peligro próximo de acción de guerra, no necesitan clase alguna de confirmación ni de formalización posterior para que sean perfectamente válidos, y sólo dejarán de surtir sus efectos cuando fueran revocados. Además, las funciones notariales tan representadas estarán por el Oficial de graduación, no inferior á Capitán, como por el Comisario de guerra del art. 717.

Unicamente se conseguirá que sea otra la doctrina legal modificando los aludidos preceptos ó dándoles otra clase de referencias, que denuncien el propósito del autor del Código en el

sentido contrario del que resulta clarísimamente de la construcción gramatical y lógica de las palabras de dichas disposiciones, tal como hoy se encuentran redactadas.

Júzguese de la precipitación y descuido con que se ha redactado el Código, observando que el art. 721 nada dice del destino que haya de darse á ese testamento cerrado militar. ¿Habrá quien dude que es lo mismo aplicable á ese precepto la disposición del artículo 718? En su virtud se remitirá primero el pliego testamentario al Cuartel general, trasladándolo éste al Ministerio de la Guerra, el que lo dirigirá, una vez ocurrido el fallecimiento del testador, al Juez del último domicilio del finado ó al Decano de los de Madrid, quienes practicarán la apertura de dicho pliego con citación é intervención del Ministerio fiscal, y dándose de ello después conocimiento á los herederos é interesados en la herencia. Si esto no fuera legal, sería inútil la facultad que regula dicho art. 721, y la extraña omisión padecida en él, causa de perjudicialísimas consecuencias.

SECCIÓN OCTAVA

Del testamento marítimo.

En el testamento militar, las peripecias de la lucha, las intranquilidades del campamento, la inminencia del riesgo grave en el que el soldado expone su vida por ley de la obediencia y en holocausto de su país, ofendido ó aventurado en empresas militares, justifican la excepcionalidad que acabamos de examinar en la precedente sección del Código. En la implantación del testamento marítimo, como su nombre indica, pueden caber los mismos motivos, cuando se trate de operaciones de guerra que lleve á cabo la marina militar; pero los motivos fundamentales que la justifican son, entre otros: la inconsistencia de ese elemento líquido, por el que discurre toda clase de embarcaciones, muy

ocasionado á riesgos y peligros, principalmente cuando trueca sus ordinarias tranquilidades por los enfurecimientos de un mar encrespado, del que resulta sencillo juguete el navío más poderoso; la carencia á bordo de los medios ordinarios para testar con que cuentan los que se hallan en tierra; la improbabilidad de terminar en tiempo y ocasión convenientes una expedición encomendada á los azares de una larga y peligrosa travesía. No hay aquí, pues, favor ni privilegio otorgados á una determinada clase de la sociedad por tradición al respeto que merezca ó por consideraciones graciosas que simplemente crea le correspondan. La excepcionalidad no se concede solo al marino, sea éste mercante ó militar, sino á *todo* el que vaya embarcado, pasajero ó tripulante, enfermo ó sano, jefe ó el último de á bordo, extranjero ó español; en una palabra, á todo el que acepta voluntaria ó forzosamente los riesgos de una expedición marítima.

Dice Vittore Vitali: »Prescindiendo de la cualidad de militar, la condición de marino es por sí especial, no estando en su arbitrio el testar por la forma ordinaria y pudiendo encontrarse en la inminencia de la muerte y sentir la necesidad de ordenar sus últimas disposiciones.»

Aunque son muy escasos los precedentes históricos acerca del testamento marítimo, le encontramos ya admitido, sin embargo, en el *Digesto romano,* cuya *ley 1.ª, § 1.º, tít. XIII, libro 37,* expresa: »*Item navarchos et trierarchos classium, iure militari posse testari nulla dubitatio est. In classibus omnes remiges et nautae milites sunt. Item vigiles milites sunt et iure militari eos testari posse nulla dubitatio est.*»

Este texto nos enseña que el beneficio del testamento militar se hacía extensivo á los Pilotos y Capitanes de buques, á los remeros, á los marineros y á los que vigilaban á bordo.

En nuestra antigua legislación española no encontramos la más pequeña huella de testamento marítimo, el cual quizá tampoco precisaba que se regulase concretamente, por cuanto unos Códigos establecían diversas formas testamentarias, algunas de pocas y muy fáciles solemnidades, que muy bien podían observar los que se encontraran en alta mar, á bordo de un buque de guerra ó mercante, y otros Cuerpos legales consideraban incluídos dichos testamentos entre los que se otorgasen en consideración á un peligro inminente de muerte ó entre los también excepcionales á que podían acudir los que emprendieran una expedición militar cualquiera, lo mismo por tierra que por mar.

Lo cierto es que hasta las *Ordenanzas de la Armada*, publicadas en el año de 1748, no vemos disposiciones especiales respecto á la referida forma de testar. En dichas *Ordenanzas*, el *art. 4.°*, *tít. VI, tratado 6.°* autoriza poder testar de palabra ó por escrito, ante dos ó tres testigos, concurriendo al acto, si fuera posible, el Contador del bajel ó el que ejerza sus funciones. En esta base se apoyó, sin duda alguna, el autor del proyecto de 1851 para dictar varias previsoras y detalladas disposiciones respecto á ese testamento, que no han tenido más que ampliar y re tocar el proyecto de 1882 y el presente Código civil. Al primero de dichos proyectos debemos, pues, la reglamentación científica y definitiva del testamento marítimo, y él nos servirá de punto principal de partida para nuestras posteriores

investigaciones y de fuente doctrinal y legal de autoridad indiscutible.

Alguna confusión y falta de método hallamos en los preceptos que constituyen esta *Sección octava,* sobre todo comparada con la que le precede en el Código. Sin embargo, un ligero estudio de la misma enseña que también se admiten dos situaciones para los efectos testamentarios del que va embarcado: una de normalidad dentro de la vida de á bordo y otra de riesgo inminente por el peligro de un naufragio. Dentro de la primera situación se puede testar en la forma abierta, en la cerrada y en la ológrafa, según las reglas que los artículos 722 al 730 detallan; en la segunda sólo cabe, al parecer, según ya veremos, el testamento abierto. La cita del testamento ológrafo no la hacemos como novedad propia solamente de los que quieran disponer su última voluntad yendo á bordo, pues lo mismo puede testar en esa forma el militar, cumpliendo unos y otros todas las solemnidades ordinarias que el Código prescribe. No presenta tal testamento anormalidad de ningún género, como veremos, al usarlo los que testan dentro de un buque, como no la presenta cuando sea empleado por los que forman parte de un ejército y los que siguen á éste. Aquí lo citamos porque también lo cita, con otro objeto, el artículo 729.

Advertiráse asimismo en el conjunto de preceptos que constituyen esa *Sección octava* lo equiparadas que, para los efectos testamentarios, se hallan la marina de guerra y la mercante, dejando de ser la primera la única que goza del privilegio de testar con arreglo á solemnidades especiales. La presente legislación, no

sólo equipara en ese sentido la clase militar y la de marimos mercantes, sino que aplica los beneficios testamentarios á todo el que, en cualquier concepto, viaje por el mar ó se embarque en cualquier navío. El peligro y los riesgos del mar igualmente afectan á unos que á otros, y por tanto, todos deben ser iguales ante el Derecho civil.

No se busquen especialidades del testamento marítimo en las legislaciones foreras. Éste se otorgará probablemente lejos de los dominios del Derecho común y del foral; pero aunque así no fuese, por el hecho de usarse en el mar, dada la imposibilidad de acudir á otra forma testamentaria normal, dase á entender que ése es el único modo de ordenar la última voluntad en tales circunstancias, sin que la elección sea, en la gran mayoría de los casos, posible. Aun hallándose el buque en las costas de una provincia marítima sujeta á la legislación foral, se impondría el uso de ese testamento excepcional, según lo regula el Código.

Téngase en cuenta que nos referimos exclusivamente á la *forma* de los testamentos; en cuanto al contenido de éstos, subsistirán las reglas generales del Derecho en su caso aplicable, lo mismo tratándose de marinos militares ó mercantes, que de simples ciudadanos españoles.

Por último, no se crea que los marinos de guerra pueden solamente otorgar testamento marítimo: también pueden emplear el militar con las formalidades establecidas en la anterior sección. Aunque el Código nada indica sobre el particular, el núm. 2.°, art. 11 de la ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Marina, de 10 de Noviembre de 1894, declara

que es de la competencia de ésta la autorización de los testamentos otorgados en tierra por marinos pertenecientes á fuerzas de la Armada en campaña ó en país extranjero, cuando dichas fuerzas operen con independencia del Ejército, con arreglo á los artículos 716 al 721 del Código civil, limitándose la competencia á lo que estos preceptos determinan. Dicha ley, como posterior al Código, no ha hecho, en nuestro concepto, más que ampliar, ó mejor, aclarar el espíritu del mismo en cuanto á los que deben gozar del beneficio del testamento militar: Éste hubo de introducirse en favor de las fuerzas que componen un ejército ó de las personas que le sigan; en efecto, también las fuerzas de la Armada en campaña, aunque operen en tierra con independencia de las otras, son asimismo fuerzas militares, persiguen idéntico fin, corren los propios riesgos y se hallan, como aquéllas, en las mismas excepcionales circunstancias.

ART. 722. Los testamentos, abiertos ó cerrados, de los que durante un viaje marítimo vayan á bordo, se otorgarán en la forma siguiente:

Si el buque es de guerra, ante el Contador ó el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos, que vean y entiendan al testador. El Comandante del buque, ó el que haga sus veces, pondrá además su V.° B.°

En los buques mercantes autorizará el testamento el Capitán ó el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos.

En uno y otro caso los testigos se elegirán entre

los pasajeros, si los hubiere; pero uno de ellos, por lo menos, ha de poder firmar, el cual lo hará por sí y por el testador, si éste no sabe ó no puede hacerlo.

Si el testamento fuera abierto, se observará además lo prevenido en el art. 695, y, si fuere cerrado, lo que se ordena en la sección sexta de este capítulo, con exclusión de lo relativo al número de testigos é intervención del Notario.

Concordancias.—Análogo al art. 578 del proyecto de Código de 1851 y al 720 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Ordenanzas de la Armada de 1748, art. 1.°, tit. VI, tratado 6.°*—Todo aquel que gozare fuero de marina, según está declarado en el título II, tratado 5.° de estas Ordenanzas, la gozará también en punto de testamentos, con los mismos privilegios que sobre esta materia están declarados á todos los militares, ya sea que le otorgue estando empleado en mi servicio, en campaña de mar ó tierra, en Arsenal, Astillero, guarnición ó departamento, ó hallándose en su casa ó en otro qualquiera parage, aunque en el día no desfrute sueldo mio, como esté alistado y matriculado para qualquiera de las diferentes ocupaciones y exercicios propios á el servicio de mi Armada, y sujeto por esta razon a la Jurisdiccion militar, o Politica de ella.

Artículo 4.° de los mismos título y tratado.—Hallándose en campaña, fuera de conflicto, ó peligro próximo de batalla ó naufragio, deberá disponer su testamento, por escrito ó de palabra, ante dos ó tres testigos, llamados y rogados para este fin, concurriendo, siempre que fuere posible, á este acto, el Contador del Vaxel ó el sugeto que ejerza sus funciones.

ART. 723. El testamento del Contador del buque de guerra y el del Capitán del mercante serán autorizados por quien deba sustituirlos en el cargo, obser-

vándose para lo demás lo dispuesto en el artículo anterior.

Concordancias.—Igual al art. 579 del proyecto de Código de 1851 y al 721 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 722 Y 723.—*Razón del plan.*—Creemos de suma utilidad metodizar el examen de la materia que comprenden los dos artículos anotados, en la misma forma seguida al comenzar á estudiar en los preceptos del Código el testamento militar, ó sea, tratando: 1.°, de quiénes pueden otorgar testamento marítimo; 2.°, en qué ocasiones, y 3.°, con arreglo á qué solemnidades.

1.° *Quiénes pueden otorgar testamento marítimo.*—Respecto al primer punto, podríamos compendiar nuestra opinión en los autorizados términos con que se expresan sobre el particular los jurisconsultos Pacifici-Mazzoni y Losana, en sus tratados sobre *Sucesiones,* cuando dicen que estarán facultados para otorgar testamento marítimo todos aquellos que se encuentran en la nave, sin distinción entre marineros ó viajeros, extranjeros ó nacionales, varones ó hembras, pasajeros ó adscritos al servicio de buque.

Ya hemos dicho que el riesgo y la carencia de medios para testar en la forma ordinaria, causas únicas de la introducción del testamento marítimo, afectan por igual y en el mismo sentido á todos los que van embarcados, sin diferencia alguna en su condición jurídica. El testamento marítimo, pues, no es de clase, sino de circunstancias.

En cuanto á las personas que hayan de testar en esa forma, ya vemos que no puede originarse duda de ningún género. No ocurre lo propio respecto á la clase de embarcaciones en que vayan dichas personas. Algunos tratadistas extranjeros dilucidan el caso de si en una barca ó lancha de pesca es posible legalmente emplear tal forma de testar. Por encima de las opuestas opiniones, nuestro parecer, al menos dentro del Código español, es afirmativo, y así lo expresamos sin vacilación de ningún gé-

nero. Además de que aquél no distingue de naves en su art. 722 y en los que siguen, el que va navegando en un barco pescador puede correr los mismos, ó quizá mayores riesgos, y hallarse con menos recursos para testar en la forma normal. Es muy significativa, por otra parte, la supresión que dicho art. 722 hace de la frase «*en alta mar*» con que comienzan sus precedentes de los proyectos de 1851 y 1882, limitándose á mencionar los testamentos de los que durante un *viaje marítimo* vayan á bordo.

Nos parece que esa omisión retrata bien á las claras el espíritu del autor del Código, no solamente para los efectos de la duda anteriormente propuesta, sino en cuanto á lo relativo á si el testamento marítimo puede utilizarse lo mismo en la navegación de cabotaje que en la de altura, en la navegación fluvial que en la marítima. El epíteto de «*marítimo*» con que califica el art. 722 el sustantivo *viaje*, creemos que sea genérico y comprenda, por tanto, á los viajes por río. En los dominios españoles raros serán los casos de testamentos hechos navegando por un río; pero fuera de las costas del Reino, nuestros compatriotas bien podrían verse en la necesidad de testar haciendo una travesía fluvial de las muchas que suelen recorrer los buques en sus navegaciones. ¿Que pueden originarse abusos á la sombra de ese amplio criterio, resultando á veces burlado el precepto legal y rehuyéndose indirectamente el empleo de los testamentos ordinarios con motivo de una salida del puerto á corta distancia? Pues esto es inseparable de la imperfección de las instituciones humanas.

También ese abuso puede realizarlo el que, con toda legitimidad, testa en la forma marítima en el transcurso de un corto viaje, aun distando bastante su situación de la de un riesgo inminente de muerte. El Código tiene establecidas precauciones para esos casos, que en algo evitarán los abusos: Y según ya hemos dicho al tratar de otra clase de testamentos excepcionales, no siempre resultan ventajas y beneficios al acogerse á ellos; por lo que no parece tan probable que los favorecidos en cierto sentido por el Código usen de esas formas especiales de testar con frecuencia, sino más bien solamente cuando la verdadera necesidad á ello les obligue y cuando racionalmente no confíen en poder testar con las solemnidades comunes.

El párrafo 2.° del art. 45 del Reglamento interior para la organización y régimen del Registro mercantil de 21 de Diciembre

de 1885 llama buques, no solamente á las embarcaciones destinadas á la navegación de cabotaje ó de altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquier otro aparato flotante destinados á servicios de la industria ó del comercio marítimo. Por esto no resulta impropio el que denominemos buque á una nave pescadora, la cual también realiza un viaje marítimo y se dedica á servicios de la industria ó del comercio. Esos buques de pesca con frecuencia adoptan la forma de barcos ó embarcaciones aparejadas y hasta con motores de vapor, alejándose muchas veces á larga distancia de la costa de donde parten. De nuestra opinión es el jurisconsulto italiano Vittore Vitali en su estudio especial sobre el testamento marítimo, *Del testamento privilegiato.*

El mismo autor expresa que el viaje marítimo se entiende comenzado cuando se levan las anclas y la nave extiende sus velas ó se mueve del puerto. Mientras está anclada, el que va á bordo tiene la posibilidad de valerse de los medios ordinarios para testar, y, por tanto, no puede recurrir al modo excepcional. No obstante, nosotros consideraríamos perfectamente válido un testamento marítimo otorgado por un tripulante ó pasajero en el puerto de salida, antes de levar anclas la nave y hallándose en ella, cuando, por la premura y proximidad de la partida, se encontraran en un riesgo inminente de muerte, sin poder acudir á las formas testamentarias comunes. Acreditándose estos extremos, serían defendibles, tanto el testamento marítimo á que alude el art. 731 de nuestro Código, como el que se otorgara por las reglas del establecido en general para los casos de peligro inminente de muerte. Hase suprimido además, con significativa intención, el párrafo del art. 578 del proyecto de 1851 y 722 del de 1882, que decían: *«cesa para el tripulante y pasajeros el uso del testamento marítimo cuando el buque se halla en puerto español ó extranjero.»*

En cuanto á la manera como ha de otorgarse el testamento marítimo, el art. 723 distingue, no solamente entre testamentos abiertos y cerrados, sino entre los que se otorguen en un buque de guerra ó en uno mercante, estableciéndose después en el mismo artículo prescripciones comunes para unos y para otros.

Los testamentos, sean abiertos ó cerrados, que otorguen todos los que vayan á bordo de un buque militar, sin distinción alguna,

porque lo mismo podrán testar excepcionalmente los que pertenezcan á la marina de guerra que los que viajen en el buque con cualquier otro objeto, serán autorizados por el Contador del buque ó el que haga sus veces. El cargo de Contador representa en el buque al Cuerpo administrativo de la Armada, que se rige en la actualidad por el Reglamento de 16 de Febrero de 1885.

Es el cargo equivalente al de Comisario de guerra en el Ejército, y en este sentido, de los que desempeñan funciones en buque militar, más propiamente juzgamos que ha de sustituir al Notario en los testamentos marítimos el Comisario de navío ó el que le siga en categoría dentro del cargo, si aquél, por algún motivo justo, no puede intervenir.

Como en el buque de guerra el Contador tiene Jefe superior, que es el Comandante, éste ó quien haga sus veces pondrá el V.° B.° al testamento, lo que simplemente significa dar fe de la firma de dicho Contador. En los buques mercantes no se precisa esto, porque no hay autoridad superior á la del Capitán ó patrón.

Tratándose de un buque mercante, autorizará el testamento el Capitán ó el que haga sus veces, comprendiéndose en esta última frase, no solamente al piloto ó contramaestre, cuando en su caso hayan de asumir el mando de la nave ó sustituir á dicho Capitán en la formalización del testamento, sino también á los que suelen llamarse *«patrones»* por mandar buques de menor tonelaje é importancia.

El art. 609 del vigente Código de Comencio también se refiere á los Capitanes y patrones, uno de cuyos principales deberes, según el número 10 del art. 612 del propio cuerpo legal, es poner á buen recaudo y custodia todos los papeles y pertenencias del individuo de la tripulación que falleciere en el buque, formando inventario detallado, con asistencia de los testigos pasajeros, ó, en su defecto, tripulantes.

Asigna esa misma obligación á los Comandantes de buque de guerra el art. 11, núm. 3, § 3.° y siguientes de la ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Marina, de 10 de Noviembre de 1894, al disponer que los bienes ó efectos recogidos é inventariados de persona que no pertenezca á la Armada, fallecida á bordo de buque español, se entregarán por el Comandante al Agente diplomático consular español del puerto á donde arribe el buque, si es en el extranjero, y al Juez de primera instancia

del puerto á donde arribe el buque si es territorio español, observándose para la entrega las formalidades que preceptúa el artículo 725 del Código civil, que luego examinaremos. Cuando el fallecido pertenezca á la Armada, se entregarán los bienes ó efectos recogidos é inventariados á la Autoridad de Marina ó al Agente diplomático ó consular, según el caso. Si al arribar el buque á puerto extranjero hubiese de rendir viaje próximamente á puerto español, el Comandante ó Capitán, respectivamente, no harán la referida entrega al Agente diplomático ó consular, haciéndola en el puerto español á la jurisdicción ordinaria ó á la de Marina, según corresponda.

En virtud del art. 627 del Código de Comercio, el piloto, como segundo jefe del buque, y mientras el naviero no acuerde otra cosa, sustituirá al Capitán en los casos de ausencia, enfermedad ó muerte, y entonces asumirá todas sus atribuciones, obligaciones y responsabilidades. El contramaestre, con arreglo al art. 633 del mismo Código, tomará el mando del buque, en caso de imposibilidad ó inhabilitación del Capitán y piloto, asumiendo entonces sus atribuciones y responsabilidad. De esta suerte se armoniza el Código de Comercio con nuestro art. 722, al aludir éste á los que hagan las veces del Capitán.

Pudiera encomendarse á los llamados sobrecargos, en los buques mercantes, la autorización de los testamentos que en éstos se otorgasen, porque las funciones de esos empleados equivalen á las del contador en los buques de guerra: Según el art. 649 del Código de Comercio, los sobrecargos desempeñarán á bordo las funciones administrativas que les hubieren conferido el naviero ó los cargadores, cesando las facultades y responsabilidad del Capitán con la presencia del sobrecargo, en cuanto á la parte de administración legítimamente conferida á éste, y subsistiendo para todas las gestiones que son inseparables de su autoridad y empleo. Pero suponemos que no se haya adoptado tal disposición, por no ser el empleo de sobrecargo muy común en los buques mercantes, ya que sólo suele haberlos en los de gran tonelaje, que se dedican á navegaciones largas y hacen el comercio de transporte de mercancías en grande escala. Los Códigos del Uruguay y Portugal (artículos 779 y 1.749 respectivamente) dan intervención, no obstante, á dicho sobrecargo en la formalización de los testamentos marítimos.

Prescripción común á los testamentos hechos en buques de guerra y en los mercantes es la asistencia de dos testigos idóneos que vean y entiendan al testador (párrafo 2.° del art. 722). Este extraño aditamento nada supone, ningún fin cumple en el punto en que se halla colocado, ni por tanto puede indicar una diferencia con respecto á los testamentos en buques mercantes.

Representa una superabundancia al lado del calificativo *«idóneos»* aplicado á los testigos, porque si la idoneidad significa la concurrencia de todas las condiciones legales que da á entender el art. 681 del Código, dicha idea, comprendida ya en el núm. 5.° de aquél, huelga é inducirá á muy explicables confusiones, á no ser á los que están en el secreto de la precipitación y descuido con que dicho Cuerpo legal se ha redactado. Pero tampoco es exacto ese concepto de idoneidad, porque asimismo es imposible tener en cuenta el núm. 3.° de dicho art. 681, que exige á los testigos la cualidad de vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento, salvo en los casos exceptuados por la ley: y en el presente caso, no hay excepción alguna determinada; aunque la realidad y la lógica de consuno la establecen, porque la nota de vecindad ó domicilio no puede darse entre los que van en un buque, no existiendo entre ellos diferencia alguna bajo ese aspecto. El art. 788 del Código uruguayo declara que podrá ser testigo en los testamentos marítimos cualquier persona de sano juicio, hombre ó mujer, mayor de diez y ocho años, que vea, oiga y entienda al testador y no haya sido inhabilitado por sentencia jecutoria, para testificar en juicio ó en instrumento público, con la restricción prevista en el art. 772.

Los testigos además han de ser elegidos, siendo posible, entre los pasajeros, porque éstos se supone que han de intervenir con un carácter de mayor imparcialidad en la ordenación de las últimas voluntades hechas á bordo, y además, como no desempeñan función alguna en el buque, es más fácil tenerlos dispuestos para el momento en que su testimonio sea preciso ó quizá urgente. Si no existen pasajeros, habrá que acudir á la llamada *«dotación»*, que, según el art. 648 del Código de Comercio, la componen todos los individuos embarcados (en los buques mercantes) de Capitán á paje, necesarios para la dirección, maniobras y servicio de la nave, estando, por lo tanto, comprendidos en dicha dotación la tripulación, los pilotos, maquinistas, fogoneros y demás cargos

de á bordo no especificados; pero no lo estarán los pasajeros ni los individuos que el buque llevare de transporte. El proyecto de 1851 decía que los testigos serían tomados con preferencia de entre los pasajeros, caso de haberlos.

El testamento abierto hecho á bordo ha de ser forzosamente escrito, aunque nada dicen sobre el particular los artículos 722 y 723, ni aun los siguientes de la *Sección*. Basta, sin embargo, para convencerse de que ha de concurrir la expresada circunstancia lo que se ordena respecto de los dos testigos en el párrafo 4.° del primero de dichos artículos, de que uno de ellos por lo menos ha de poder firmar para suplir la imposibilidad, si existiese, tanto del testador como del otro testigo, poniendo primero su firma por lo que se refiere á él mismo y repitiéndola después por cada uno de los que no sepan ó no puedan firmar.

En el último párrafo del art. 722 se hace, tratándose de los testamentos abiertos, una referencia al art. 695, el cual señala la forma del otorgamiento de aquéllos en los casos ordinarios, expresando el testador de palabra su última voluntad ante los testigos y el que autorice ésta; designándose el año, mes, día y hora de su otorgamiento, leyéndose el testamento ya redactado á los presentes y firmando éstos por fin del acto. El Contador ó Capitán cuidarán de hacer constar la capacidad legal del testador. Pero no haciéndose relación más que al art. 695, ¿resultará prohibido aplicar el art. 696, que regula la forma de testar abierta por medio de minuta que lleve preparada el testador y con arreglo á la cual se redacte el testamento, ó para que sirva aquélla definitivamente, con los aditamentos ó aclaraciones que se hagan precisos en los testamentos hechos á bordo de cualquier buque? Entendemos que no. Estas omisiones tan repetidas en el Código inducen á juicios poco favorables del mismo, que continuamente sentimos expresar. Unas veces el laconismo del legislador da lugar á perplejidades de fatales consecuencias, quizá; en otras ocasiones no hay laconismo, pero se hacen referencias incompletas que provocan del propio modo dudas de importancia. ¿Quién puede negar que representa una ventaja para todos, para testador, testigos y funcionario que suple la fe notarial y hasta para los interesados en la herencia, el que quien se halla embarcado tenga ya dispuesta su última voluntad y redactada en momentos de tranquilidad y mayor reflexión, sin que al otorgar

definitivamente aquélla quede más que la lectura del escrito, completándose los requisitos que falten y la suscripción de las personas que deben hacerlo? ¿Cómo podría estar prohibido esto de modo expreso ni tácito, cuando es precisamente lo que más debe recomendarse siempre y con predilección para los momentos excepcionales de la vida? ¿No es caso sumamente posible el que quien va á emprender un viaje de peligrosa travesía lleve á prevención escrita la que pudiera ser su última voluntad, para mostrarla y exigir simplemente su autorización ante las personas que determina nuestro art. 722?

Indudablemente; por encima de un silencio inexplicable del legislador, cuando vemos que á nada conduce sino á absurdas consecuencias, están el sano sentido común y la misma lógica jurídica, que no pueden autorizar el que se cercenen facultades á las personas á cuya protección justamente acude el Código, y mucho más, cuando dichas facultades, en vez de contradecir el privilegio que supone el testamentc marítimo, le dan más apoyo y garantía contra posibles abusos y fraudes.

Del propio modo cabe sostener, aunque no en absoluto, que los sordos y ciegos que vayan á bordo pueden otorgar testamento marítimo, aplicando y conciliando en lo posible las prescripciones de los artículos 697 y 698, y además las pertinentes de la presente sección séptima. La lectura del testamento, en el del ciego, la verificará el Contador, Capitán, ó los que hagan sus veces en esas funciones, y la repetiráuno de los testigos, si saben ó pueden, ú otra persona que designe libremente el testador. Tratándose de los sordos, leerán éstos, si saben ó pueden, su última voluntad, ó en otro caso, cualesquiera otros dos tripulantes ó pasajeros.

También existe una extensa referencia en la cita que hace el último apartado del art. 722 tratando de los testamentos cerrados, á la *Sección sexta* del presente capítulo, de la que hay que excluir algo más que lo relativo al número de testigos é intervención del Notario. Hay que prescindir también de la prescripción que ordena la anotación del testamento en el protocolo reservado del Notario, porque nada de esto, ni cosa análoga, puede hacerse á bordo: la que autoriza la entrega de dicho testamento al Notario, para que éste lo presente después al Juez de primera instancia correspondiente, y la que fija la sanción contra aquellos particulares que no hacen la presentación en tiempo

oportuno. De la referida *Sección sexta* sólo creemos, por tanto, que procede aplicar los artículos 706 á 709, y, en forma de aplicación análoga, el 715.

* * *

El art. 723 no merece que nos detengamos en su examen; es de comprensión tan fácil, que viene, en términos concretos, á resolver una duda que pudiera presentar el art. 722 si aquél no existiera: Si el Contador, en los buques de guerra, ó el Capitán ó Patrón en los mercantes, se vieran en la necesidad de otorgar sus últimas disposiciones, ¿quién había de autorizarlas? Hoy ya sabemos que serán los que deban sustituirlos en esos cargos, con arreglo á las indicaciones hechas en este mismo comentario. Sería un contrasentido lógico y jurídico que la misma persona interesada fuese á la vez la que figurara como juez y parte en un acto que tanto ha de trascender en el orden del Derecho.

El art. 723 podía figurar como uno de los apartados del 722, con tanta más razón, por lo menos, como el último párrafo de éste.

* * *

Por principios análogos á los que justifican la competencia de la jurisdicción militar en ciertos y determinados casos procesales, y á que nos hemos referido en comentarios anteriores, la jurisdicción de Marina, según el art. 11, en su número 1.°, de la ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Marina de 10 de Noviembre de 1894, será competente para conocer de la prevención de los juicios de testamentaría y *ab-intestato* de todos los individuos de la Armada á que se refiere el art. 8.° del Código penal de la Marina de Guerra (el Ministro del ramo, todos los individuos que pertenezcan á cualquiera de los Cuerpos ó Institutos de la Armada y cuantos dependan del Ministerio de Marina, sean ó no retribuídos por el Estado, á excepción de los operarios eventuales de los Arsenales, Astilleros, Fundiciones, Fábricas ú otros Establecimientos de la Marina). La expresada prevención se limitará á disponer el entierro del cadáver, la formación de inventario y seguridad y depósito de los bienes; á la entrega de éstos á los instituídos herederos ó á los que lo sean *ab-intestato*, dentro del tercer grado civil, no habiendo quien lo contradiga. Cuando

no se presente el heredero instituído, ó, en su defecto, el legítimo dentro del tercer grado, ó se suscitase oposición á que se entregue la herencia á quien la reclamase, las Autoridades de Marina suspenderán su intervención, pasando todo lo que hubieren practicado y entregando los bienes en depósito al Juzgado ordinario del punto en que dichas Autoridades sigan las diligencias, para que ese Juzgado lo entregue á quien corresponda, con arreglo á las leyes.

ART. 724. Los testamentos abiertos hechos en alta mar serán custodiados por el Comandante ó por el Capitán, y se hará mención de ellos en el Diario de navegación.

La misma mencion se hará de los ológrafos y los cerrados.

Concordancias.—Análogo al art. 580 del proyecto de Código de 1851 y al 723 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.— *Ordenanzas de la Armada de 1748, art. 15, título VI, tratado VI.*—Cada Contador de Baxel de la Armada debe tener un libro, en que escriba los testamentos de los que mueran en las campañas, y cuidará de que á el tiempo de otorgarlos declaren sus nombres, filiaciones, estado, deudores y acreedores, bienes muebles y raíces, sueldos devengados y ropa, con expresión de los herederos, albaceas y cuanto convenga se explique, para evitar Pleytos entre sus herederos, nombrando por sus nombres los hijos legítimos ó naturales, y la Patria y residencia de todos, con lo demás que se deba, para lo que pueda ofrecerse á su posteridad.

COMENTARIO.—El transcrito artículo es uno de los que con más cuidadoso escrúpulo debe ser examinado en todas y cada una de las palabras que constituyen su contexto, por las aparentes anomalías que á primera vista se descubren.

Otorgado el testamento marítimo, llegada es la ocasión de conservarlo y garantizar su integridad contra posibles extravíos y aun contra probables adulteraciones de sus cláusulas. El

testamento abierto ha de quedar encomendado á la custodia del Comandante ó Capitán, cuando se haya autorizado *en alta mar*. Esta última frase, que la vemos por primera vez empleada en el proyecto de 1882, induce á alguna confusión, porque el requisito de la conservación del testamento parece que debía referirse á todas las formas de éstos, como lo disponen los Códigos extranjeros que hemos consultado y es lo más natural. No constituye ese concepto de «*alta mar*» una frase explicativa de las circunstancias en que sólo puede otorgarse eficazmente testamento marítimo, hasta el punto de que suponga que los testamentos de que trata el art. 724 son los mismos que regulan los 722 y 723, porque éstos no distinguen de situaciones para poder testar lícitamente, según privilegio, desde que una persona se halle á bordo de un buque mercante ó de guerra; es más, presuponen la idea de un viaje marítimo, y éste existe desde el momento en que se verifica el embarque para emprender el rumbo previamente fijado. De modo que sería un absurdo (aunque algún Código extranjero exija tal requisito) sostener dentro del derecho positivo español que los testamentos abiertos otorgados en alta mar son los únicos de dicha clase que se hallan en la actualidad permitidos y regulados.

No; los testamentos abiertos hechos en alta mar son los que necesariamente han de ser custodiados por el Comandante ó por el Capitán, quizá por el mayor cuidado y garantía que merecen, dada la distancia en que aún se halla la nave del punto de destino. Ésta nos parece la verdadera interpretación que corresponde dar al contexto literal y aun virtual del art. 724, después de haber comparado sus conclusiones con las de los preceptos que le siguen. Los testamentos que no son hechos en alta mar deben, por consiguiente, quedar en poder del que los haya otorgado, de la persona á quien ésta los encomiende, ó del Capitán ó Contador que los haya autorizado, los cuales cumplirán la obligación determinada en los artículos 725 y 726, entregando el segundo de dichos funcionarios al Comandante del buque de guerra el testamento, para que aquél le dé el destino prevenido, y cumpliendo por sí mismo este requisito el Capitán en los buques mercantes.

Los testamentos ológrafos y cerrados, por su carácter de menor publicidad y porque el testador puede querer conservarlos

en su poder hasta última hora, no es necesario que vayan á poder de dichos Comandante ó Capitán. El art. 723 del proyecto de Código de 1882 ordenaba que esa clase de testamentos serían custodiados entre los papeles más importantes de la nave cuando el testador encargase su custodia al Comandante, Contador ó Capitán del buque. No sabemos por qué no se ha seguido este precedente en nuestro art. 724; pero es indudable que debe tenerse presente para dar una explicación satisfactoria á los términos de aquél. Si existe esa petición de custodia, los Jefes de los respectivos buques deberán atenderla, y si ha fallecido el testador, les está encomendado que se incauten de todos los papeles y pertenencias del difunto, entre los cuales puede muy bien hallarse su testamento; en cuyo caso ya veremos que sin la previa entrega del documento testamentario ha de darse á éste el destino que las leyes le marcan. Respecto á los tripulantes muertos á bordo, sabido es que esa obligación se determina por el número 10, art. 612 del Código de Comercio; y para todos los casos, en general, el art. 11 (núm. 3.°, párrafos 3.°, 4.° y 5.°) de la ley de 10 de Noviembre de 1894 sobre organización y atribuciones de los Tribunales de Marina repetidamente citado.

Además de la custodia, el Comandante ó el Capitán del buque en sus respectivos casos harán mención de los testamentos ológrafos, abiertos y cerrados en el *Diario de navegación*. Éste, según el art. 612, regla 3.ª del Código de Comercio, es un libro foliado y sellado, al principio del cual existe una nota expresiva del número de folios que contenga, firmado por la autoridad de Marina, ó por la autoridad competente, en el que se irán anotando día por día el estado de la atmósfera, los vientos que reinen, los rumbos que se hacen, el aparejo que se lleva, la fuerza de las máquinas con que se navegue, las distancias navegadas, las maniobras que se ejecuten y demás *accidentes de la navegación*, así como, entre otros particulares, los acuerdos que se tomen en casos de resolución grave que exija asesorarse ó reunirse en junta á los oficiales de la nave, y aun á la tripulación y los pasajeros. Entre los accidentes de la navegación puede considerarse el otorgamiento de un testamento; y justo es, por tanto, que se le anote como uno de los extremos del historial del viaje.

El artículo de las Ordenanzas de 1748 anotado en los *Precedentes legales*, ya disponía que cada Contador de bajel de la

Armada debía tener un libro en que escribiera los testamentos, precepto que asimismo confirmó una Real orden de 14 de Agosto de 1751.

Esa mención no se exige que haya de ser de todas y cada una de las cláusulas del testamento, aparte de que esto no podría cumplirse, tratándose de los cerrados y de los ológrafos que permanecieran secretos. Basta, como tal mención, que se consigne el hecho de haber otorgado un tripulante, pasajero ó cualquiera de los que vayan á bordo, su última voluntad en una de las formas dichas, ante el Contador ó Capitán del buque, cuando proceda que éstos intervengan, y ante los testigos, cuyos nombres conviene, siendo posible, que se consignen, como también el punto, por la longitud y latitud que señalen los instrumentos náuticos, en que se haya llevado á cabo el otorgamiento del testamento. Son suficientes estos particulares, porque en comentarios posteriores ya veremos que el documento testamentario original no ha de ser el único dato que quede en el buque, para los efectos ulteriores que sean consecuencia de la llegada á puerto.

ART. 725. Si el buque arribase á un puerto extranjero donde haya Agente diplomático ó consular de España, el Comandante del de guerra, ó el Capitán del mercante, entregará á dicho Agente copia del testamento abierto ó del acta de otorgamiento del cerrado, y de la nota tomada en el Diario.

La copia del testamento ó del acta deberá llevar las mismas firmas que el original, si viven y están á bordo los que lo firmaron; en otro caso, será autorizada por el Contador ó Capitán que hubiese recibido el testamento, ó el que haga sus veces, firmando también los que estén á bordo de los que intervinieron en el testamento.

El Agente diplomático ó consular hará extender por escrito diligencia de la entrega, y, cerrada y sellada la copia del testamento ó la del acta del otor-

gamiento, si fuere cerrado, la remitirá con la nota del Diario por el conducto correpondiente al Ministro de Marina, quien mandará que se deposite en el Archivo de su Ministerio.

El Comandante ó Capitán que haga la entrega recogerá del Agente diplomático ó consular certificación de haberlo verificado, y tomará nota de ella en el Diario de navegación.

Concordancias.—Casi igual al art. 581 del proyecto de 1851 é igual al 724 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 726. Cuando el buque, sea de guerra ó mercante, arribe al primer puerto del Reino, el Comandante ó Capitán entregará el testamento original, cerrado y sellado, á la Autoridad marítima local, con copia de la nota tomada en el Diario; y si hubiese fallecido el testador, certificación que lo acredite.

La entrega se acreditará en la forma prevenida en el artículo anterior, y la Autoridad marítima lo remitirá todo sin dilación al Ministerio de Marina.

Concordancias.—El primer párrafo substancialmente igual al primero del art. 582 del proyecto de Código de 1851, y todo el artículo transcrito igual á los dos primeros apartados del art. 725 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 725 Y 726.—Tenemos ya otorgado y depositado el testamento marítimo. El orden y la lógica exigen que se determine cuál va á ser su destino, lo cual depen-

derá del rumbo que esté fijado al buque ó del que las peripecias ó contingencias que ocurran durante la navegación le señalen.

El Código ha hecho bien en distinguir dos situaciones, estableciendo, por tanto, el dilema de que ó el buque llegue á puerto extranjero, ó á puerto del Reino español. En el primer caso, hay que cumplir una solemnidad más de las que dejamos explicadas al examinar las que han de concurrir en la forma excepcional de testar á que venimos refiriéndonos. Prevista la circunstancia del arribo á un puerto de otra Nación, ó cuando, por las proporciones de un temporal ó borrasca, por el estado de la embarcación ó por cualquier otro motivo perentorio sea preciso tomar tierra extranjera, hay que sacar un duplicado del testamento marítimo abierto, expidiéndose también copia del acta de otorgamiento del cerrado. No será necesario este trámite cuando el buque vaya por voluntad de sus armadores ó jefes, ó forzosamente, á rendir su viaje en un puerto español.

Si al otorgarse el testamento se sabe ya que la nave va en dirección al extranjero, aconsejamos que se extienda el duplicado referido desde luego, para que éste tenga las mayores garantías é inspire todo el respeto y confianza posibles. A este efecto, se dispone que llevará las mismas firmas que el original. Pero el artículo 725 parece que también prevé que el duplicado no pueda sacarse hasta algún tiempo después de dicho otorgamiento, en la creencia de haber de arribar á las costas españolas, si á ello no se oponen contingencias que en el mar casi no pueden llamarse imprevistas. En previsión de este segundo caso, ordena el legislador que el duplicado llevará las mismas firmas del original, si viven y están á bordo los que lo firmaron, porque si no, basta que lo autorice el Contador en los buques de guerra y el Capitán en los mercantes, firmando todos los que sea posible encontrar á bordo de los que como testigos intervinieron en el testamento otorgado y principalmente el testador, si sabe escribir.

Siendo posible, debe procurarse que los que como Contador ó Capitán hubieren autorizado el testamento, autoricen después su copia, aunque no constituya vicio de nulidad alguno el que aquélla esté suscrita por persona de las referidas distinta de la que firmara el original, siempre que al copiarse el testamento desempeñe esos cargos en propiedad ó interinamente. El duplicado tomará su fuerza y eficacia de la fidelidad de la copia, no

del hecho de que lo firmen los mismos que presenciaron la ordenación de la última voluntad.

A continuación del duplicado, vendrá la copia de la nota tomada en el *Diario de navegación*, para acreditar que en su debido tiempo se ha cumplido el requisito de la mención del testamento en el expresado libro, sin lo cual bien pudiera sospecharse que no reunía aquél todos los caracteres de autenticidad necesarios.

El requisito de la copia del testamento abierto ó del acta de otorgamiento del cerrado, representa una medida de precaución, quizá algo extremada, principalmente cuando no haya ocurrido todavía el fallecimiento del testador; pero, así y todo, no sobra tratándose de precaver tantas y tan diversas contingencias como la vida del mar ofrece. Y es, más que nada, un recurso provisional que se anticipa para en el caso de que el buque tardara en arribar á puerto español ó en que no lo hiciera por razón del itinerario fijado de antemano.

La combinación de los artículos 725 y 726 creemos que autoriza esa inteligencia, aunque á primera vista se deduzca otra cosa. El comienzo del segundo de dichos preceptos induce á alguna inseguridad. Pero la interpretación de ambos, que no podemos concebir más que con perfecto é inseparable enlace de sus términos, tiene forzosamente que ser la siguiente: Extendida y entregada la copia á que se refiere el párrafo 1.° del art. 725, no será ella siempre la que produzca toda la eficacia y valor que representa una disposición testamentaria marítima, después de la muerte de quien la otorgó; el buque puede llegar al territorio nacional y entregándose allí, por virtud del art. 726, el mismo testamento original á la correspondiente autoridad superior de Marina ó judicial, aquél destruirá los efectos y dejará sin eficacia al duplicado testamentario. Éste podrá en ocasiones servir de gran utilidad, cuando la arribada del buque á las costas de España se retarde mucho, después de muerto el testador, ó cuando no llegue á verificarse por tiempo indefinido.

Parece dar á entender el legislador que es más expuesto entregar el testamento original en el extranjero, aunque sea á nuestros mismos representantes diplomáticos ó consulares, que en puerto del litoral español ó de nuestras posesiones ultramarinas; lo cual, en muchas ocasiones, resultará una apreciación destituída de fundamento; porque siempre las distancias y fa-

cilidad de comunicación entre Bayona de Francia, Marsella, Burdeos, Génova, Lisboa, con la capital de España, serán más favorables para evitar el extravío del pliego testamentario, contando como cuentan todas con representantes de las autoridades españolas, que las que median, por ejemplo, entre Madrid y cualquier punto de las Islas Filipinas ó de las Carolinas, donde existirá un funcionario español con atribuciones de autoridad propias, y no de representación exclusivamente.

En resumen: la entrega del duplicado testamentario al Agente diplomático ó consular no obsta á que, cuando proceda, se ponga en manos de la autoridad marítima local correspondiente, el mismo testamento original, para que reciba el destino que veremos le está señalado.

El testamento ológrafo no está sujeto á estas reglas: Como recibe toda su eficacia de la identidad de los caracteres alfabéticos del testador, su duplicado ninguna fe merecería como no se tratara de otra nueva disposición ológrafa escrita y suscrita por su mismo autor.

El Cuerpo diplomático y el consular que representan á la Nación española en el extranjero se rigen por la ley de 14 de Marzo de 1883 y por el Reglamento de 23 de Julio del propio año. El Cuerpo diplomático consta de Embajadores, Enviados extraordinarios y Ministros plenipotenciarios de primera y segunda clase, de Ministros residentes, de Secretarios de primera, segunda y tercera clase y de Agregados. Los Jefes de las misiones diplomáticas tienen, según el art. 17 de dicho Reglamento, la alta representación del país en la Nación en que están acreditados, y deben llenarla con arreglo al derecho internacional, á las costumbres y á las instrucciones que reciban del Gobierno; velando al propio tiempo por el decoro de la Legación y cuidando de que los empleados á sus órdenes cumplan los deberes anejos á su cargo. Los Agentes diplomáticos son, pues, funcionarios pertenecientes á ese Cuerpo y dependen del Embajador ó Ministro plenipotenciario que se halle acreditado en la Nación en que los primeros desempeñen sus funciones, las cuales se reducirán sustancialmente á representar á su Nación en todos aquellos actos en que no puedan intervenir por sí mismos sus Jefes.

El Cuerpo consular, generalmente representa á España en el extranjero desde el punto de vista de las relaciones comerciales,

aunque muy bien puede ejercer, y en efecto ejerce, funciones diversas y hasta, en algunos casos, las de administrar justicia. Se rige por la misma ley y por el Reglamento anteriormente citados, estando constituído hoy por Cónsules generales, Cónsules de primera y segunda clase y Vicecónsules, que se hallan distribuídos por los puntos del extranjero cuya importancia mercantil y relaciones en general con España así lo exijan. Los Vicecónsules dependen de los Cónsules particulares, éstos de los generales y éstos de los Embajadores ó Ministros plenipotenciarios, cuando los haya acreditados. Existirán además Vicecónsules honorarios, á quienes encomienden los Cónsules limitadas funciones de carácter puramente comercial, y Agentes consulares delegados de los Cónsules en sus respectivas demarcaciones, para que les auxilien en el desempeño de su cargo. Mediante razones de conveniencia, podrá el Ministro dar categoría de Cónsul honorario á los que ejercitaren las indicadas funciones, sin que por esto dejen de depender de los Cónsules de carrera en cuya demarcación sirvan. Se señalará á todo Consulado el distrito á que haya de extenderse su jurisdicción, y en él se establecerán las Delegaciones ó Agencias consulares que convenga para el servicio, á las cuales se marcará también el distrito que deba corresponderles. Los Vicecónsules que se hallen al frente de una Agencia independiente tienen las mismas atribuciones que los Cónsules.

Los que sirvan en un Consulado sustituyen interinamente al Cónsul en las ausencias y vacantes. Los Cónsules y Vicecónsules honorarios y los Delegados ó Agentes consulares están comisionados para amparar los intereses españoles y ejercer las demás funciones que se atribuyen á los Cónsules de carrera en el territorio que les está demarcado. Deberán recibir de los Cónsules en cuyo distrito ejerzan, instrucciones detalladas sobre las funciones que les son propias. Esto es lo más principal, y que como de mayor utilidad necesitamos conocer para comprender á cuáles Agentes diplomáticos ó consulares alude el párrafo 1.º de nuestro art. 725.

Si en el punto á que arribase el buque hubiera dos representantes de esa naturaleza, sería indiferente presentar el duplicado testamentario á uno de ellos, aunque parece más propia la presentación hecha al Agente diplomático. No habiendo ninguno de

los dos, para el Comandante ó Capitán será lo mismo que si no hubieran arribado á puerto extranjero: Se abstendrán cuidadosamente de entregar dicho duplicado á cualquier otro funcionario, aunque representare á la Autoridad de España, bajo las responsabilidades graves á que con tal acto podrían exponerse.

Para salvaguardia de los expresados Comandante ó Capitán, así como del Agente diplomático ó consular, ha de acreditarse la entrega del duplicado testamentario aun sin necesidad de que haya ocurrido todavía el fallecimiento del testador. Si éste dejó de existir, aunque nada de ello indique el art. 725, el Comandante ó Capitán, del propio modo que ordena el 726 para cuando el buque toque en puerto español, pondrán en manos del Agente diplomático ó consular certificación de defunción, al mismo tiempo que hagan entrega de la copia del testamento abierto ó del acta de otorgamiento del cerrado.

En la propia ocasión, y si en tal sentido son solicitados sus oficios, los Agentes consulares podrán conocer, según lo dispuesto en el art. 31 del Reglamento citado de 1883, en los países en que los tratados y la costumbre conceden á aquéllos jurisdicción, de la testamentaría ó *ab-intestato* del testador fallecido, en el puerto en que desempeñen su cargo; sin perjuicio de dar el destino prevenido al duplicado entregado por el Jefe de la embarcación.

A su vez el Agente diplomático ó consular, para justificar que ha recibido el duplicado del testamento marítimo, extenderá diligencia que quedará depositada en su archivo, en la cual sucintamente expresará que, según manifestación del Comandante ó Capitán D. Fulano de Tal, del buque (cuyo nombre se indicará), la copia que se presenta es literal de un testamento abierto, ó del acta de otorgamiento de uno cerrado, otorgados á bordo; cuya diligencia quedará depositada en aquella cancillería, cumpliendo lo dispuesto en el art. 725 del Código civil español: Firmarán esa diligencia el Comandante ó Capitán y el Agente diplomático ó consular, y la misión de los primeros, por el pronto, quedará terminada; la de los segundos se limitará después á remitir esa copia testamentaria, por el conducto corrrespondiente, ó sea por el de sus jefes jerárquicos en la Nación extranjera en que sirvan, los cuales la enviarán al Ministerio de Estado español, y éste se dirigirá, por último, con el mismo objeto, al Ministro de Marina,

quien recibirá dicha copia para depositarla en el Archivo del Ministerio, hasta que resulte acreditado el fallecimiento del testador, si es que no se acompañara la certificación correspondiente de defunción con el duplicado testamentario.

El Comandante ó Capitán del buque justificarán por su parte el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 725 con un recibo, en forma de certificación, que de lo entregado le expida el Agente diplomático ó consular con quien se hubiere entendido en el expresado acto: Y, conservando tal comprobante, para poder hacerlo valer por su parte cuando corresponda, extractará sustancialmente su contenido en el *Diario de navegación*.

Por todos esos trabajos en que intervienen el Agente diplomático ó consular, tienen éstos su correspondiente retribución, regulada en los Aranceles definitivos del 14 de Julio de 1890. Aunque en éstos no aparecen detalladas todas las operaciones prescritas en nuestro art. 725, el art. 36 de los mismos refiere, entre otros casos, el recibo de testamentos marítimos; y, á falta de otro precepto más terminante, á ése deben acogerse dichos funcionarios, sin perjuicio de los derechos que pudieran corresponderles por la certificación y remisión de que antes hemos hablado.

***

Llegado el buque á un puerto del litoral español ó de sus posesiones ultramarinas, las funciones atribuídas á los Agentes diplomáticos ó consulares serán desempeñadas por la Autoridad marítima local.

El original del testamento ha de entregarse siempre cerrado y sellado, aun tratándose de uno abierto. La copia de la nota tomada por el Comandante ó Capitán del buque en el *Diario* irá en pliego aparte, lo mismo que la certificación del fallecimiento, si hubiere lugar á ella.

La Autoridad marítima local está representada en los puertos españoles por los Comandantes de las provincias marítimas, según la clasificación que establece el Real decreto hoy vigente de 16 de Febrero de 1893. Los puertos que no sean capitales de dichas provincias podrán constituir distritos, á los que alude el artículo 5.° de dicho Real decreto, que estarán servidos por los

llamados Ayudantes de Marina, los cuales representan á la Autoridad marítima local para los efectos del art. 726.

Pero existen puertos de poca importancia en los que no residen ni unos ni otros funcionarios, pudiendo el buque, sin embargo, haber arribado á ellos y distando algo la residencia de la Autoridad á cuyo distrito corresponda dicho puerto. El Código no ha previsto este caso, si no frecuente, por lo menos verosímil, ni ofrece términos para aconsejar lo que deberá hacer un jefe de nave cuando arribe á puertos en que falte toda representación de la Autoridad marítima, hasta la de los llamados cabos de mar, último grado de aquélla. No creemos que ese jefe incurrirá en culpa si, ante la imposibilidad de detenerse en el puerto y de cumplir la obligación de que venimos tratando, la hace valer ante la Autoridad municipal, por ejemplo. Igualmente es defendible el criterio de que, ante tal deficiencia, el Comandante ó Capitán del buque se abstenga de hacer la entrega de la copia testamentaria, reservándola para el próximo puerto á que arriben, si en él no ocurre la propia dificultad.

La remisión de dicha copia, de la nota tomada en el *Diario de navegación* y de la certificación del fallecimiento, en su caso, al Ministerio de Marina y la justificación que de la entrega practiquen el jefe de la embarcación y la Autoridad marítima local, se llevarán á cabo en la propia forma que explica el art. 725.

ART. 727. Si hubiese fallecido el testador y fuere abierto el testamento, el Ministro de Marina practicará lo que se dispone en el art. 718.

Concordancias.—Análogo á los dos últimos párrafos del artículo 582 del proyecto de 1851 y al 726 del de 1882.

PRECEDENTES LEGANLES.—*Ninguno.*

ART. 728. Cuando el testamento haya sido otorgado por un extranjero en buque español, el Ministro

de Marina remitirá el testamento al de Estado, para que por la vía diplomática se le dé el curso que corresponda.

Concordancias.—Igual al art. 727 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 729. Si fuere ológrafo el testamento y durante el viaje falleciera el testador, el Comandante ó Capitán recogerá el testamento para custodiarlo, haciendo mención de ello en el Diario, y lo entregará á la Autoridad marítima local en la forma y para los efectos prevenidos en el artículo anterior, cuando el buque arribe al primer puerto del Reino.

Lo mismo se practicará cuando sea cerrado el testamento, si lo conservaba en su poder el testador al tiempo de su muerte.

Concordancias.—Igual al art. 728 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 727, 728 Y 729.—Agrupamos en un solo comentario el examen de los anteriores artículos transcritos, porque, según habremos de ver, los tres deberían mejor formar otros tantos apartados ó párrafos de un mismo precepto; principalmente los dos últimos, no obstante las dificultades que para establecer tal deducción ofrecen los confusos términos en que están redactados.

Suponíamos en el anterior comentario depositado el testamento en el Archivo del Ministerio de Marina, ó simplemente en

poder del Ministro, cuando no debiera archivarse. En efecto: si al duplicado testamentario ó al acta de otorgamiento del testamento cerrado, en un caso, ó al testamento abierto, cerrado ú ológrafo en el otro supuesto establecido, se acompaña la certificación del fallecimiento del testador, expedida por la autoridad de á bordo, es inútil acordar el archivo de esos documentos, porque ya desde el instante en que se reciben son procedentes las medidas comeplementarias de solemnización que hemos examinado al tratar en el art. 718 del testamento militar. Ese archivo es sólo necesario para asegurar la conservación de la última voluntad, mientras no llega el momento en que haya de empezar á regir lo dispuesto por el testador, produciendo toda su eficacia.

Del contexto del art. 727 se desprende la obligación (que es extraño no se haya determinado concretamente en esta parte del Código) que deben cumplir los Comandantes en los buques de guerra y los Capitanes en los mercantes, de remitir al Ministerio de Marina certificación de la muerte del que haya otorgado testamento á bordo, cuando no lo hagan además por otro motivo y siempre que esa defunción ocurriere con posterioridad á la entrega de los documentos testamentarios al Agente diplomático ó consular ó á la autoridad marítima local, porque si aconteciere antes de ese momento, ya hemos dicho que tal certificación debe acompañar á los referidos documentos.

Es digno de llamar la atención el extraño contexto de nuestro artículo 727, en el que, por una parte, no se cita más que el testamento abierto, y por otra, se alude al art. 718, que lo mismo habla de aquél que del cerrado. Bien puede considerarse esta *Sección* del Código como una de las más descuidadas por el legislador, quien, con tales anomalías, da motivo á continuas é inexcusables censuras. Porque, aunque se comprenda que la cita del art. 718 debe de entenderse hecha con relación á la parte del mismo que se ocupa de los testamentos abiertos militares que han de elevarse á escritura pública, ¿cómo se ha omitido en el artículo 727 lo que ha de hacerse con los testamentos cerrados y con los ológrafos cuando se hallan ya en poder del Ministro de Marina y consta acreditada la defunción del testador? ¿Han de quedar indefinidamente en esa forma, sin que los herederos ó interesados en la herencia tengan noticia de su nombramiento, ni medios, por tanto, para pedir la práctica de las diligencias de apertura

y la consiguiente protocolización? ¿No parece esto antirracional?

El art. 726 del proyecto de 1882, en el mismo supuesto de que parte el 727 que comentamos, ordenaba la remisión del testamento original, certificación de defunción y demás diligencias al Juez de primera instancia del último domicilio del difunto, y no siendo conocido el domicilio, al Juez decano de los de Madrid; y después distinguía los casos de que el testamento fuese abierto ó cerrado; estableciendo un procedimiento casi idéntico al seguido en nuestro referido art. 718. El proyecto de 1851 no distinguía de formas de testar, ordenando muy análogas medidas á las prescritas por el art. 727.

Es, por tanto, difícil averiguar el por qué dicho último precepto se ha concretado sólo á la cita del testamento abierto, dejando una laguna tan considerable que lleva consigo, al menos aparentemente, la consecuencia de que los testamentos ológrafos y cerrados hechos á bordo de un buque de guerra ó mercante no deben solemnizarse en ningún supuesto por el procedimiento que, en un caso, señala el presente Código y en otro la ley de Enjuiciamiento civil, sino quedar archivados á merced del olvido y como documentos sin vida ni eficacia alguna.

¿Puede ser esa la intención del legislador? ¿Pudo creer cumplida su misión, en el presente caso, refiriéndose al art. 718, que ya distingue lo que debe de hacerse con los testamentos abiertos y con los cerrados? ¿Es creíble que dejara de advertir la palmaria contradicción en que incurría nombrando en el art. 737 solamente á los testamentos abiertos? Indudablemente no. Sería excusado observar que, en todo caso, regirán los artículos 690 y 712, según los cuales, los que tengan en su poder depositados testamentos ológrafos ó cerrados deberán presentarlos al Juzgado correspondiente; porque hemos partido del supuesto de que aquéllos fueron entregados ya originales por el Comandante ó Capitán del buque á la autoridad marítima local, ó al Agente diplomático ó consular, y éstos los remitieron después al Ministerio de Marina.

Como ocurre con todos los testamentos excepcionales de que últimamente venimos tratando, la misión del Juez del último domicilio que tuvo el difunto ó del Juez decano de Madrid, consiste simplemente en advertir á los interesados y partícipes en la

herencia que existe un testamento en que ellos figuran como tales, para que después voluntariamente procedan como mejor les convenga. Y ¿cómo resultará factible tal trámite en los testamentos ológrafos ó cerrados que se hubieran otorgado en el mar, de no comprenderlos virtualmente también en el art. 727? Esto es, pues, lo que procede estimar, mientras la reforma del Código no corrija una deficiencia de tales proporciones ó importancia.

El Ministro de Marina, al hacer la remisión, se dirigirá al Ministro de Gracia y Justicia, quien, como jefe, en lo gubernativo, de las autoridades judiciales que han de recibir el testamento marítimo, más propiamente es el que debe entenderse con las mismas. Así lo preveía ya el proyecto de 1882, en el artículo antes citado, y así también lo requieren las relaciones de armonía y de privativa competencia que suelen respetarse entre los distintos Ministerios constitucionalmente establecidos hoy en España.

***

El art. 728 no regula las solemnidades del testamento que un extranjero otorgue á bordo de un buque español. Dichas solemnidades se presuponen ya; serán las que correspondan según nuestra legislación, por ser aplicable entonces el estatuto formal, *locus regit actum*, considerado el buque como una prolongación del territorio español, á no ser que tratados internacionales ó excepciones del Derecho positivo del país á que pertenezca dicho extranjero contradigan ese principio general. El referido precepto representa una modalidad ó excepción de lo dispuesto en el artículo anterior, respecto á la remisión que del testamento recibido ó archivado ha de hacer el Ministro de Marina. Éste, tratándose de la última voluntad de un español, mandará el pliego testamentario al Ministro de Gracia y Justicia, quien cumplirá lo ordenado en el art. 718 respecto del testamento militar. Mas si lo remitido es la última voluntad de un extranjero, aunque á ella no se acompañe certificación del fallecimiento, la enviará al Ministro de Estado, quien, como encargado de las relaciones con las demás Naciones, la transmitirá, por conducto del representante diplomático ó consular de España en el país á que pertenezca dicho extranjero, á las autoridades de aquél que sean competentes para entender en la solemnización posterior de esa última disposición.

Igualmente se presupone, aunque el art. 728 no haga de ello la más ligera indicación, que en el caso de otorgarse testamento por un extranjero á bordo de un buque español, sus Comandantes ó Capitanes tienen el mismo deber de anotar en el *Diario de navegación* el otorgamiento de esa última voluntad y de conservarla en su poder, siempre que constituya forma abierta de testar.

Si el buque arriba á puerto extranjero, los Jefes de la nave entregarán el testamento á la autoridad marítima local, como disponen la mayor parte de los Códigos que hemos consultado, ó al Agente diplomático ó consular del país á que pertenece el buque.

Si la nave toca antes en puerto español, quien la mande cumplirá con depositar en manos del Comandante de Marina de la provincia respectiva, del Ayudante ó del que represente á aquél, el testamento hecho á bordo por el testador extranjero; y esos funcionarios, por el conducto respectivo, en su caso, remitirán el pliego testamentario, cerrado y sellado, al Ministro de Marina, dándole éste el destino fijado en nuestro art. 728.

El testamento á que venimos refiriéndonos, además de las solemnidades que mencionan los artículos 722 y 723, si el que lo otorga es extranjero, que no conoce el idioma español ó voluntariamente adopta el de su país ú otro cualquiera, observará además la disposición del art. 684 de nuestro Código, ó sea elegirá en el buque dos intérpretes que traduzcan su disposición al castellano, la cual se escribirá en las dos lenguas.

No encontramos precedente alguno de nuestro art. 728 en la legislación extranjera, y sólo le tiene literal en el 727 del proyecto de 1882.

***

La demostración más cumplida de que el art. 729 no pretende establecer regla alguna respecto á los testamentos ológrafos que se otorguen en el mar, la tenemos en la referencia que hace en los últimos renglones de su primer apartado. Es decir, las disposiciones que comprende dicho precepto se subordinan á los efectos prevenidos en el artículo anterior; continúase tratando de los testamentos otorgados por extranjeros á bordo de un buque español. Tanto es así, que la mayor parte de las ideas que forman

el contexto de dicho art. 729 las hemos anticipado en el presente comentario.

A la remisión que del pliego testamentario haga el Ministro de Marina al de Estado, han de preceder las solemnidades á cuya exposición se contrae el artículo.

Es propio de la naturaleza del testamento ológrafo que lo conserve, por regla general, el testador hasta el momento de su muerte, porque hasta entonces puede modificarlo á su antojo sin necesidad de colaboración alguna, ni de presencia de testigos. Testando ológrafamente una persona extranjera á bordo de un buque español, mientras no fallezca, el Comandante ó el Capitán procederán como si no hubiera testado: El testador se encargará llegando á tierra de hacer que surta plena eficacia en su día su disposición testamentaria ológrafa. No ocurre lo mismo, al parecer, con el testamento abierto, cuando intencionadamente se le omite en el art. 729: Autorizado por el Contador ó el Capitán del buque y firmado por los testigos, ya aquéllos responden de su conservación, á no ser que el testador quiera por sí mismo custodiarlo. Pero en poder de los primeros, el testamento abierto tendrá el destino prefijado, aunque no hubiera fallecido el testador, al llegar el buque al primer puerto del Reino ó á otro extranjero, según hemos advertido al examinar el art. 728. También los testamentos abiertos otorgados á bordo por un español, según el artículo 724, han de ser custodiados por el Capitán ó Comandante, sin que se haga extensivo el precepto á las demás formas de testar.

Con los testamentos cerrados puede suceder lo mismo que dejamos dicho, si bien, hallándose en poder del testador, al morir éste, el Jefe de la nave los recogerá, custodiará, anotará en el *Diario*, y á su primer llegada á un puerto del Reino, los entregará á la Autoridad marítima local, para que ésta los curse á su superior jerárquico hasta llegar al Jefe de la Marina. Y *a sensu contrario*, por tanto, se desprende del art. 729, en su última parte, que si el testamento cerrado se hallase en poder del Comandante ó Capitán del buque, al arribar éste á puerto español, aquéllos se librarán de responsabilidades haciendo entrega del pliego testamentario á la referida autoridad, aun no habiendo fallecido el testador, á no ser que éste se opusiere y tratara de recoger su dicho testamento, dando de ello el suficiente resguardo al Jefe de

la embarcación, el que además cancelará en el *Diario de navegación* el asiento que haya extendido respecto del expresado particular; cuyos dos últimos requisitos se observarán asimismo cuando ocurran los casos previstos concretamente por nuestro artículo 729.

La posesión por el Comandante ó Capitán de un testamento hecho á bordo de su nave, implica en ellos la obligación de dar estricta cuenta de su depósito, arriben á puerto español ó á puerto extranjero, donde puedan dirigirse á algún representante de la autoridad á quien trasmitir las responsabilidades que supone dicha posesión. Si después de entregado el testamento del que, al parecer, no se ha de sacar duplicado alguno, el testador falleciera á bordo, remitirán dichos Jefes de la nave certificado de la defunción al llegar á puerto por el mismo conducto antes expresado.

Los artículos anteriores de la presente *Sección* no aluden directa ni indirectamente á los testamentos marítimos ológrafos otorgados por español. Pero esto no impide que, contando en el buque con pliego de papel sellado correspondiente al año del otorgamiento, una persona pueda testar ológrafamente, sin que se prevea qué es lo que haya de hacerse entonces cuando el buque llegue á un puerto extranjero ó á otro del Reino, haya muerto ó no el testador. El art. 726 se refiere genéricamente al testamento original, sin distinción de clases, cuando el arribo sea á las costas de España ó de sus islas y posesiones ultramarinas; pero el artículo 725 se limita á hablar de la copia del testamento abierto ó del acta de otorgamiento del cerrado, como si no fuera igualmente posible la existencia de un testamento ológrafo debidamente extendido á bordo de un buque que llegara á puerto extranjero. Queda el único recurso para tal caso, de aplicar por analogía esos preceptos á todas las formas de testar cuyo uso sea lícito durante una navegación en buque mercante ó de guerra.

ART. 730. Los testamentos, abiertos y cerrados, otorgados con arreglo á lo prevenido en esta sección, caducarán pasados cuatro meses, contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria.

Concordancias.—Análogo al art. 583 del proyecto de 1851 y al 729 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El precepto transcrito pone límite á la excepcionalidad del testamento marítimo, como ocurre con todas las formas testamentarias especiales que el Código regula. Ese límite tiene el mismo fundamento que el que explica los señalados á los testamentos militar y á los otorgados en peligro inminente de muerte y en período de epidemia. Desaparecidas las circunstancias que hicieron precisa y justa esa forma especial de testar, renace la procedencia de la normalidad legal, y por tanto, la sin razón del privilegio. Bastante plazo se concede al testador para que se coloque en condiciones de acogerse á las diversas modalidades ordinarias prescritas por el Código, durante cuyo plazo continuará produciendo sus efectos el testamento marítimo normal, digámoslo así, porque ya sabemos que aun á bordo pueden darse un período de normalidad y otro de mayores urgencia y riesgo, teniendo los testamentos ordenados en ese segundo momento otro límite más corto, según nos enseña el siguiente artículo 731.

El proyecto que examinamos comienza refiriéndose solamente á los testamentos abiertos y cerrados, ya que sólo en ellos se da la excepcionalidad del menor número de solemnidades en favor de los que van á bordo de un buque español ó extranjero. Esto nos confirma además la certeza de una observación adelantada en comentarios anteriores, al sostener que aunque pueda testarse en el mar por la forma ológrafa, ésta habría de sujetarse en un todo á las disposiciones ordinarias de los artículos 688 y 693, sin dispensa alguna de solemnidades. Por eso en el presente art. 730 nada se dice de esos testamentos ológrafos, los cuales, otorgados como tales testamentos comunes, no precisan de límite alguno en su duración legal. El art. 3.867 del Código de la República Argentina terminantemente dispone que las personas que puedan testar militarmente y las que pueden otorgar un testamento marítimo, pueden testar en la forma ológrafa.

Aun cuando todas las legislaciones están conformes en señalar un límite á la virtualidad transitoria del testamento marí-

timo, cada una fija un plazo distinto. Si se exceptúa el Código del Uruguay (art. 786), que marca el lapso de ciento ochenta días, el nuestro es el que lo determina con mayor extensión; dejando atrás hasta á los proyectos de 1851 y 1882, que señalaban el de tres meses: Este término nos parece más racional, porque conociéndose en todos los países, múltiples formas ordinarias de testar accesibles aun en las más perentorias situaciones de la vida, es seguro que en cualquier punto en que desembarque el testador ha de contar con facilidades para disponer su última voluntad convenientemente, y valiéndose, al efecto, de las reglas comunes que unos y otros Códigos admiten.

Adviértase que el art. 730 no distingue entre los puntos de la tierra en que el testador deje el buque, sean aquéllos ó no españoles. El art. 729 del proyecto de 1882 especificaba claramente que el desembarco había de ser en algún lugar del Reino ó extranjero donde se pudiera testar en la forma ordinaria. Nuestro art. 730 no ha creído necesario hacer esa aclaración, hasta cierto punto ociosa y excusada. Si todo español tiene facultad de ordenar sus últimas disposiciones, tanto en España como en cualquiera otro país extraño, observando en este último caso las reglas del estatuto formal, tal derecho no había de desconocerse cuando se tratara de un español que, después de una navegación, llegara á ese país extranjero. Y como todos los Códigos, según ya sabemos, admiten, en un sentido ó en otro, formas ordinarias y formas excepcionales ó privilegiadas de testar, puede asegurarse que la última idea del artículo que comentamos alude lo mismo al desembarco en puerto español que en puerto extranjero.

La idea de *testar en la forma ordinaria* da á entender asimismo que el punto ó país en que se desembarque no esté sujeto á alguna de las anormalidades ó vicisitudes que hacen procedente el uso de los testamentos excepcionales; por ejemplo, en punto no dominado por enfermedad epidémica.

El desembarco, además, ha de entenderse definitivo, ó por lo menos, el que, por entonces, ponga término al viaje. El Código de la República Argentina, en el párrafo segundo del art. 3.864, expresa que no se tendrá por desembarco el bajar á tierra por corto tiempo para reembarcarse en el mismo buque.

El nuevo testamento que, después de los cuatro meses, otorgue el testador, puede limitarse á una ratificación del que hiciera á

bordo, aunque observando las solemnidades ordinarias del testamento común que adopte.

El plazo de cuatro meses empieza en un día fijo y se contará con arreglo al art. 7.° del Código: Esto no obstante, puede sufrir interrupción si el testador vuelve á embarcarse ó á encontrarse en situación que haga necesario el empleo de una forma de testar excepcional.

Por último, el artículo que comentamos, en forma más comprensiva, expresa la idea de la caducidad del testamento marítimo, modificando la redacción del 729 del proyecto de 1882, el cual, dando otro giro á la mencionada idea, disponía que ese testamento produjera sus efectos legales si fallecía el testador durante la navegación ó dentro de tres meses, contados desde el desembarco. Es llano que estos mismos conceptos se hallan comprendidos en nuestro artículo 730, habiendo los anteriores presupuesto ya dicho fallecimiento. Se seguirá entonces la tramitación que los mismos establecen, y si no fallece el testador, no por eso se torna ineficaz la última voluntad que dispusiera á bordo, empezándose desde el momento del desembarco, y para los efectos de la caducidad, á contar un plazo, fenecido el cual, entra el testador en el dominio de las reglas comunes para testar. Así se encuentran al mismo tiempo previstas en un solo precepto las ideas de la validez condicional del testamento marítimo y su ineficacia desde cierto tiempo y ocurrida determinada circunstancia.

ART. 731. Si hubiere peligro de naufragio, será aplicable á las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra ó mercantes lo dispuesto en el art. 720.

Concordancias.—Análogo al segundo párrafo del art. 577 del proyecto de Código de 1851, é igual al 730 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Ordenanzas de la Armada de 1748, art. 2.°, tít. VI, tratado VI.*—Cualquiera de los expresa-

dos (los que gozaren fuero de marina según está declarado en el *título II, tratado V,* de dichas Ordenanzas) podrá en el conflicto de un combate testar como quisiere ó pudiere, por escrito, sin testigos, siendo válida la declaración de su voluntad, como conste ser suya la letra; ó de palabra ante dos testigos, que depongan conformes haberles manifestado su última voluntad.

Art. 3.º Será igualmente válido el testamento hecho de cualquiera de estos modos, en la preparación del combate, cuando el baxel dé caza al enemigo ó al contrario, y generalmente en todo peligro próximo de función de guerra, naufragio ú otro cualquiera inminente riesgo, en que el testador se hallare; bastando en estos casos que manifieste seriamente su voluntad á dos testigos imparciales, aunque no hayan sido rogados.

COMENTARIO.—El precepto último de la *Sección* del Código en que nos encontramos regula la otra forma de testamento marítimo para los casos de verdadera premura, por resultado de inminencia cierta de un naufragio; forma de testar provisional dentro del mismo buque, porque sólo es válida pereciendo el testador en ese temido naufragio y cumpliéndose otros determinados requisitos.

La manifestación de la última voluntad se hará de palabra ante dos testigos, tripulantes ó pasajeros, varones ó hembras, con tal de que sean mayores de diez y seis años.

Si muere el testador por consecuencia del peligro en consideración al cual testó, la referida manifestación verbal habrá de formalizarse, ó sea escribirse con todas las reglas del testamento abierto, ante el Contador en los buques de guerra, el Capitán en los mercantes ó los que hagan sus veces en las respectivas embarcaciones, aunque de esto nada indique el art. 731, que se limita á la cita y aplicación del 720, aunque sin expresar ninguna de las modificaciones consiguientes á las diversas circunstancias de que al presente se trata. Ese testamento, debidamente formalizado, se entregará en su tiempo á la autoridad marítima local, si el buque ó los restos y personas salvadas del naufragio arriban á un puerto del Reino español. Si el arribo se verifica á un puerto extranjero, aunque el art. 731 nada indica, en estricta legalidad, debe exigirse la expedición de la copia testamentaria, procediéndose por analogía á lo dispuesto en el art. 725, con referencia á los

testamentos marítimos de más normal situación. En ambos casos se seguirá el procedimiento prescrito por los artículos 725 á 729.

Nuestro art. 731 se distingue, como muchos otros, por su excesivo laconismo, que engendra la sospecha de si se trata de referencias incompletas ó de la concesión de un privilegio con excesivas restricciones; bajo cualquiera de cuyos dos supuestos se producen dudas de capital importancia.

En primer lugar, se restringe la hipótesis legal al caso de peligro de naufragio, y si bien se concreta la referencia al art. 720, es sólo en cuanto á las solemnidades que deben mediar en esa forma excepcional de testar, la cual ha de usarse sólo, al parecer, en consideración á dicho peligro.

Al art. 731 le rige principal y sustancialmente la idea con que comienza: «*si hubiere peligro de naufragio*». Luego cuando ese peligro no exista, no debe haber lugar á la concesión expresada.

Si, pues, un buque de guerra ó mercante cuando opere en combinación con otras fuerzas marítimas, se halla en las proximidades de un combate, de una acción ofensiva peligrosa, de un asalto á naves enemigas, etc., ¿podrán los que vayan en dicha embarcación testar sólo con arreglo al procedimiento de los artículos 722 y siguientes, ó les será lícito adoptar la forma excepcional análoga del art. 720?

El art. 11, núm. 2.º de la ley de 10 de Noviembre de 1894, sobre organización y atribuciones de los Tribunales de Marina, ya sabemos que extiende el privilegio del testamento militar á los marinos que se hallaran en campaña ó en país extranjero, pero sólo cuando se encontraran en tierra y operando con independencia de las fuerzas del ejército. Mas nosotros partimos del supuesto de que los marinos estén embarcados y en las proximidades de una batalla naval, ó durante ella. Habrá que sobreentender que en el expuesto caso existe un fundado peligro de naufragio, por el propósito recíproco que persiguen ambas partes combatientes y enemigas de destruir, de echar á pique el navío ó navíos respectivos, con lo cual aseguran mejor el éxito de la acción, que es el carácter principal de los procedimientos bélicos marítimos; porque el solo contexto literal del precepto que comentamos no autoriza otra interpretación que la que su frase inicial indica, no obstante lo cual, no se violenta su virtual significado, ampliando su comprensión á los supuestos referidos. Además,

esto aconseja la lógica, la equidad y el Derecho, porque no han de ser de más desfavorable condición los que se exponen á los riesgos de una aventurada acción militar y al mismo tiempo á los peligros y contingencias que el mar continuamente ofrece, que los que sólo sufren los primeros. Por otra parte, tan fuerza militar es la que opera en tierra como la que batalla en el mar, resolviéndose, en último resultado, la dificultad propuesta, no por la presente *Sección octava*, en que nos encontramos, sino por la anterior, que trata del testamento militar.

Otra, que no podemos asegurar si es deficiencia ó cita incompleta, hallamos en el art. 731. El beneficio que éste supone, ¿comprende solamente la forma de testar hablada de que se ocupa el referido art. 720, ó también la cerrada del 721, ante un Oficial y dos testigos? La letra del primero de dichos preceptos contesta terminante y negativamente. Pero, ¿pudo ser ése el espíritu del legislador, cuando por el principio «*ubi eadem est ratio, eadem esse debet legis dispositio*», tanta razón de ser tiene la extensión del privilegio á una como otra modalidad testamentaria? No acertamos á averiguar el motivo que el legislador haya tenido para incurrir en esa extraña omisión, que ha de sorprender á todo el que estudie el Código; y en tal incertidumbre, nos abstenemos de aconsejar la práctica de la solución opuesta á la letra del precepto legal, sin que podamos tampoco fundarla en consideraciones que indiquen la intención del autor del Código, contraria á la literalidad de las palabras empleadas. Aguardamos la revisión de dicho Cuerpo legal, en cuyo momento, tenidas en cuenta estas advertencias, que no seremos nosotros los únicos quizá en formular, se decidirá si deben ser atendidas ó se fundan, por el contrario, en principios inciertos y en razonamientos equivocados. Ante inexplicables anomalías observadas frecuentemente en el Código, no nos atrevemos á exponer francos y terminantes juicios, por el temor de que nuestra inferioridad científica no alcance á descubrir y penetrar las ocultas razones que al legislador hayan asistido al revestir con palabras escritas sus resoluciones y pensamientos.

SECCIÓN NOVENA

Del testamento hecho en país extranjero.

Cinco artículos emplea el legislador español para regular el último de los testamentos especiales mencionados en el art. 677 del Código civil, preceptos que holgarían, conocido el principio general estatuído en el artículo 11, si no constituyeran una ampliación, una aclaración, un desenvolvimiento, y hasta algunos, una excepción de lo que dicho principio da á entender para casos generales.

El testamento hecho en país extranjero es un testamento especial, por razón de las excepcionalidades que el Derecho internacional prescribe, y que imponen con carácter necesario las relaciones comunes entre los pueblos y la confraternidad de los distintos habitantes del globo, que se han trocado ya, con el progreso de los tiempos y con la atenuación de las cada vez más infundadas preocupaciones de nacionalidad, en familias de un mismo tronco y ciudadanos de un propio país, regidos por leyes de inmutable justicia y de aplicación universal, por lo menos dados el alcance y relativo perfeccionamiento que en el día van teniendo las reglas internacionales.

El estudio que representa, por tanto, la presente *Sección novena* es un estudio de Derecho internacional por lo que se refiere al español que se encuentra en país extranjero y precisa de la facultad de testar con tanta necesidad como puede sentirla en el territorio nacional, facultad que no puede concebírsela autorizada sólo en los estrechos límites del territorio de cada

Nación, sino que, emanando, como emana, de los principios del Derecho filosófico, ha de poder ejercitarse al amparo de cualquier legislación, aunque la forma reguladora de la última voluntad haya de subordinarse á las leyes del país en que el acto tenga lugar, para hacer conciliable ese derecho originario y natural de testar con el respeto á la soberanía de cada territorio erigido en Nación, y árbitro, dentro de su configuración geográfica, para imponer el cumplimiento de determinados preceptos, tanto á sus nacionales como á los que en aquélla residan por tiempo no indefinido. Dice Olivares y Biec *(Tratado en forma de Código del Derecho internacional):* «No hay legislación alguna fundada en principios tan estrechos que se atreva á repetir la doctrina de los romanos, que no permitían el ejercicio de este derecho más que dentro de los muros de la ciudad.»

Hoy por hoy, la llamada teoría de los estatutos representa el pensar de la mayoría de los tratadistas de Derecho internacional privado y el Derecho positivo de las Naciones en sus relaciones con las demás, dentro de la esfera del Derecho civil de cada una.

Por esto dice Fiore en su *Derecho internacional privado*, que la doctrina de que un testamento es válido en su forma según la legislación del lugar en que se otorgó, y que debe considerársele tal en todas partes, es un principio de jurisprudencia internacional aceptado por la mayor parte de los pueblos cultos.

Podrán creer algunos autores dicha teoría alejada del ideal que la ciencia jurídica debe perseguir, contradictoria de las máximas de reciprocidad entre los diversos países, que otros fijan como único criterio

aplicable. Lo cierto es que á esa primera teoría, discurriendo como comentadores del Derecho positivo, debemos acogernos, porque es, al fin y al cabo, la que impera en el terreno obligatorio de las leyes.

Un distinguido escritor justifica la procedencia del estatuto formal aplicado á los testamentos:

A) Por la necesidad de evitar á las personas que poseen bienes en diferentes Estados los embarazos y dificultades de otorgar otras tantas últimas voluntades cuantas sean las fincas situadas bajo el imperio de leyes distintas, ó de guardar en un mismo testamento todas las solemnidades prescritas en los diversos lugares de la situación de aquéllas.

B) Por la imposibilidad en que puede hallarse el extranjero sorprendido lejos de su país por una enfermedad mortal, de cumplir en su testamento las solemnidades establecidas por la legislación de su patria ó por la del país donde están sus bienes.

C) Por la conveniencia de impedir que actos celebrados con toda buena fe sean anulados con harta facilidad, sin culpa de la parte que los otorgó, y por la dificultad en que se hallan la mayor parte de los hombres de enterarse de las formalidades prescritas en cada país.

Hacemos nuestras tales observaciones, que explican, hasta por razones de conveniencia, la teoría del estatuto formal.

Las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia español de 8 de Junio de 1874 y 6 de Noviembre de 1867 admiten la referida teoría, empezando por declarar que de la mutua conveniencia de las Naciones, al experimentar los males que necesariamente surgirían de no admitir los efectos de las leyes extranjeras, ha venido

el Derecho internacional privado, que tiene el carácter de consuetudinario y comprende el conjunto de disposiciones que, según afectan á las personas, á las cosas y á las formas, se distingue con los nombres de estatuto personal, real y formal, siendo perfectamente válido un testamento otorgado con todas las solemnidades prescritas en el país en que se testó.

El distinguido tratadista Sr. Sánchez Román *(Estudios del Derecho civil)* afirma que la regla *locus regit actum* viene siendo desde el siglo XVI principio de jurisprudencia internacional que todos los pueblos han admitido sin contradicción, fundándose en las razones de *utilidad y necesidad* que la ciencia y la práctica de consuno aconsejaron, y el Código al transcribirla no ha hecho otra cosa que prestar sanción interna al precepto internacional que la tenía voluntaria.

La teoría del estatuto personal enseña que la forma de los actos que hayan de realizarse en un país debe señalarla el legislador de éste, *locus regit actum*. Como dicen los artículos 4.° y 3.°, respectivamente, de los Códigos de Berna y de Valais, las formas de los actos se juzgarán según las leyes del lugar en que se han celebrado; los instrumentos hechos en el extranjero podrán ser declarados válidos cuando estén conformes con la ley del país en que se hayan otorgado. Esa misma declaración la hallamos repetida, en unos ú otros términos, en los Códigos de la Luisiana (art. 10), de Friburgo (4.°), del Tessino (8.°), de Holanda (10), de Zurich (7.°), de Chile (17), de Italia (9.°), de Portugal (24), de la República Argentina (12), del Uruguay (6.°), de Méjico (15), de Guatemala (13), de Francia (999) y de Colombia (1.084)—estos dos últimos Códigos concretán-

dose además á los testamentos—y eu el Acta inglesa de naturalización de 12 de Mayo de 1870.

Mas la especialidad rige exclusivamente tratándose de las formas solemnes requeridas para testar. Por eso el Código ha examinado esta materia en el lugar presente, destinado á la regulación de las diversas maneras cómo pueden ordenarse las últimas voluntades en el extranjero.

Lo relativo á la capacidad del testador, á la disposición de la fortuna mueble ó inmueble de éste, á la interpretación de las cláusulas testamentarias tiene sus cánones fundamentales en los artículos 9 y 10 de nuestro Código civil, los cuales, después de declarar obligatorias para los españoles, en cualquier punto del extranjero en que se hallen, las leyes relativas á los derechos y deberes de familia ó al estado, condición y capacidad legal de las personas, distinguen entre bienes muebles é inmuebles, para aplicar, en el primer caso, la legislación del país del propietario, y en el segundo la de la Nación en que se hallen sitos dichos bienes raíces; sin perjuicio de que las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como á la cuantía de los derechos sucesorios y á la validez intrínseca de sus disposiciones, se rijan por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.

Las disposiciones que constituyen esta *Sección novena* han recibido en nuestra patria por primera vez sanción dentro del Derecho positivo en el Código civil, el cual recoge y aprovecha sobre la materia precedentes tan valiosos como los de los proyectos de 1851 y

de 1882. En el Derecho anterior, aunque pueda vislumbrarse algún asomo de la doctrina internacional que hemos explicado, v. gr., la *ley 18, § 4.°, título XX, libro 10 de la Novísima Recopilación*, que luego transcribiremos, no estaban todavía concretadas en las legislaciones las máximas del Derecho extraterritorial, que los Bartolo, los Baldo, los Burgundo y demás insignes publicistas consideraban ya en sus inmortales obras como fundamento de todas las reglas internacionales.

Oportuna y loable es, pues, la decisión del legislador español al haber dado forma en preceptos claros y comprensivos á las que son últimas afirmaciones de la ciencia y del Derecho positivo; considerando como un verdadero testamento de excepcionales formalidades al que el español ha de otorgar en país extranjero.

Del conjunto de los preceptos que á continuación vamos á examinar se desprende que el español en territorio extranjero puede testar, bien por las leyes del estatuto, ó bien por las de su propio país, pero siempre que lo haga, en este segundo caso, ante la persona que representa en ese punto la soberanía de España. Dos formas de testar, por tanto, serán las que habremos de estudiar, cuya adopción se deja completamente al libre arbitrio del testador, siempre que esto quepa, por concurrir en el punto en que aquél entonces se halle, las diversas circunstancias que son precisas para que tal elección pueda tener lugar.

ART. 732. Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional sujetándose á las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen.

También podrán testar en alta mar, durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción á las leyes de la Nación á que el buque pertenezca.

Podrán asimismo hacer testamento ológrafo con arreglo al art. 688 sin el requisito de papel sellado, aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento.

Concordancias. — Análoga la doctrina de este artículo á la sentada por el 585 del proyecto de Código de 1851 é igual al 731 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Novísima Recopilación: Libro X, título XX, ley 18, párrafo 4.°*—Quando se suscitaren algunas contestaciones sobre la validación de un testamento ó de otra disposición, se decidirán por los Jueces competentes, conforme á las leyes, estatutos y usos recibidos y autorizados en el paraje en donde dichas disposiciones se hiciesen; de suerte que si estos actos llevasen las formalidades y condiciones requeridas en el lugar donde se executasen, tendrán igualmente todo su efecto en los estados de la otra Potencia, aun quando en ellos estén semejantes actos sujetos á mayores formalidades, y á reglas diferentes de las que rigen en el país en que se han hecho.

ART. 733. No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el art. 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado.

Concordancias.—Igual al art. 732 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 732 Y 733.—El artículo primero de los transcritos regula una de las formas de testar de que el

súbdito español puede valerse en país extranjero El art. 733 constituye una excepción, juntamente con el párrafo 3.º del 732, del principio general establecido en el primer apartado de dicho último precepto. Por eso abarcamos en un solo comentario el estudio de los artículos 732 y 733.

El que goza de la cualidad de español, bien por haberla adquirido naturalmente ó por medio de la nacionalización en nuestro país, y se ve en la precisión de testar en otro, observará, si así lo prefiere, las reglas del estatuto personal, cumpliendo las solemnidades extrínsecas de la legislación del punto en que se encuentre, tanto en lo relativo á la concurrencia de testigos y confección del testamento, como en lo referente á la persona que haya de autorizarlo. Esa concesión la otorga el párrafo primero de nuestro art. 732, comprensivo del principio general que inspira el llamado estatuto formal. Según el mismo, todos los requisitos que venimos explicando desde la *Sección tercera del cap. I, tít. III, libro III* del Código, han de guardarse en la manera como lo ordene el Derecho de la Nación en que el español teste; número y condiciones legales de los testigos, misión del Notario ó persona que ejerza el cargo equivalente en la autorización del testamento, identificación de la persona del testador, modo de dar forma ó de exteriorizar sus últimas disposiciones, procedimiento para hacer constar la testamentifacción activa de aquél, la cual habrá de regirse por las leyes del país á que pertenezca dicho testador, unidad de acto, excepcionalidades del testamento cuando concurran situaciones anormales en el referido país extranjero, y además todos aquellos otros extremos que la correspondiente legislación extranjera ordene, aunque no se hallen previstos en el Derecho positivo español.

De suerte que queda fuera de la comprensión del principio general que establece el art. 732, en su primera parte, todo lo que no pueda acogerse ni referirse á la forma de los testamentos.

Ahora se comprueba plenamente la certeza de una observación expuesta en comentarios anteriores al afirmar que hubiera sido más correcto y científico considerar la *Sección novena,* en cuyo comentario nos encontramos, la *Octava,* la *Séptima,* la *Sexta,* la *Quinta* y la *Cuarta* como *subsecciones* dependientes de la *Tercera,* titulada *De la forma de los testamentos,* y no ordenarlas independientes entre sí, cual se encuentran hoy, como si se relacio-

naran lo mismo, por ejemplo, la que trata del testamento abierto con la primera del mismo capítulo y título, que regula la capacidad para disponer por testamento, ó una cualquiera de las que modelan cierta manera de testar con la que precisamente establece los principios generales en materia de formas testamentarias y los que son aplicables á las que admite el Código en las secciones siguientes.

Si se hubiera adoptado el plan referido, sin duda más lógico, hoy tendríamos aclarada la significación de la frase *formas de los testamentos, estatuto formal,* á que alude la primera parte del artículo que examinamos. Por supuesto, que habría que dar también cabida entre los principios generales del capítulo ó sección en que se empieza á tratar de las formas testamentarias á otras declaraciones que están indebidamente esparcidas en varios lugares del *cap. I, tít. III, libro III* del Código, titulado *De los testamentos,* para poder asegurar que dicho estatuto formal no comprendía más que los extremos que da á conocer nuestro Código ó las legislaciones extranjeras con él concordantes en el tratado de *formas de los testamentos.*

No alude, por tanto, la disposición que en su primer apartado comentamos, á la materia tratada en la *Sección primera* de dichos capítulo y título. Como comprensiva de la llamada testamentifacción activa, con arreglo al art. 9.° del Código, obligará y será aplicable al español en cualquier punto en que se halle, dentro ó fuera de su país. Tampoco puede aludir á los subsiguientes tratados del que ahora examinamos, en los que ya empieza á regularse lo relativo al fondo de los testamentos, porque toda esta materia jurídica se determinará por la legislación patria respecto del español que teste en el extranjero, sin distinción de los bienes muebles ó inmuebles que compongan la herencia, porque ya sabemos que esa excepción fué establecida en el párrafo segundo del art. 10 del Código, tratándose del estatuto llamado real.

Cuestión.—¿Podrá un español en el extranjero usar del testamento por comisario, siempre que, como es natural, la legislación respectiva lo permita? O en otros términos: la institución del testamento por comisario, ¿pertenece al estatuto formal ó al personal? El art. 670 ya dice que siendo el testamento un acto personalísimo, no podrá dejarse su *formación,* en todo ni en parte,

al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario ó mandatario. En este sentido, pues, parece que debe contestarse de modo afirmativo la primera duda anteriormente propuesta; pero existe la consideración, no desatendible en el presente caso, de que entre los principios generales establecidos al comienzo de nuestro Código, y á que repetidamente venimos aludiendo, existe una excepción á lo dispuesto respecto al estatuto formal. El párrafo tercero del art. 11 ordena que, no obstante lo establecido en ese artículo y en el anterior, que regulan el referido estatuto y el real, las leyes prohibitivas concernientes á las personas, sus actos ó sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes y sentencias dictadas, ni por disposiciones ó convenciones acordadas en país extranjero. De suerte que siendo un precepto prohibitivo el que anula el testamento por comisario, y siendo aplicables las demás circunstancias que se mencionan en dicho párrafo tercero, con arreglo á él debe resolverse la dificultad antes propuesta.

Es cierto que, para evitar dudas, debió haberse hecho del testamento por comisario la misma mención expresa que en el artículo 733 se contiene del testamento mancomunado; pero de todas suertes, de la propia forma queda proscrito en los límites del territorio español y para el nacional que se hallare en el extranjero, con sólo la prohibición general que comprende el citado párrafo 3.º del art. 11.

El Real decreto de 17 de Octubre de 1851 ordena que los documentos extranjeros extrajudiciales sean válidos ante los Tribunales españoles, en primer lugar, cuando el asunto materia del acto ó contrato, sea lícito y permitido en España.

El estatuto formal va todavía algo más allá tratándose del testamento otorgado en territorio extranjero. La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Noviembre de 1867 declara que cuando un español con simple domicilio en un país extranjero, otorga en éste válidamente su testamento en cuanto á las formalidades extrínsecas, arreglándose al estatuto español, ó lo que es lo mismo, á las solemnidades exigidas en el país en que testó, los Tribunales de éste son competentes para todas las acciones de apertura del testamento y para dictar las oportunas providencias respecto á su registro y á la conservación y seguridad de sus bienes.

El párrafo 2.º del art. 732, al prescribir que los españoles también podrán testar en alta mar, yendo embarcados en un buque extranjero, con sujeción á las leyes de la Nación á que el buque pertenezca, no contradice el principio del estatuto formal, porque las naves se consideran como una prolongación del territorio, zona flotante del país en que están abanderadas. Y en ese sentido, lo mismo en mar que en tierra extranjera, el español ha de aplicar las solemnidades testamentarias externas del país á cuya soberanía se halle entonces en cierto modo sometido.

El art. 1.º, apartado último de las leyes de extranjería de 17 de Noviembre de 1852 y 4 de Julio de 1870, consideran á los buques nacionales, sin distinción alguna, como parte de los dominios españoles.

Tales ideas están además fundadas, como reconoce un publicista español, en la imposibilidad de que los pasajeros se sujeten á las formalidades señaladas para el testamento marítimo, por la ausencia en los buques extranjeros de aquellas autoridades á las cuales, en los barcos que navegan bajo pabellón español, defiere el Código la facultad de autorizar los testamentos. Imponer en tales casos el cumplimiento de las leyes formales de la patria, para huir del peligro de que pudieran burlarse las prohibitivas, equivaldría á hacer ilusorio el ejercicio de los derechos y á desconocer lo necesario, para evitar lo contingente.

Mas el precepto del Código habla de *alta mar,* lo cual parece dar á entender que, aun navegando un español en buque extranjero, no necesita en todo caso ampararse á las leyes del estatuto formal, ya que discurriendo con lógica hay que presumir que algún propósito ha guiado al legislador español al empleo de esa frase, que de otro lado significa una excepción al principio de que los buques se consideran parte del territorio nacional en cuya matrícula se hallan inscritos. La frase *alta mar* equivale á la porción marítima que no pertenece á la llamada zona litoral, ó sea la que, según el art. 1.º, número 2.º de la ley de puertos de 7 de Mayo de 1880, constituye la zona marítima que ciñe las costas ó fronteras de los dominios de España en toda la anchura determinada por el Derecho internacional, con sus ensenadas, radas, bahías, puertos y demás abrigos utilizables para la pesca y navegación. Se dice en los motivos de la ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866 que aunque el mar, destinado por la Providencia

á servir de vía universal de comunicación entre los pueblos, no pertenece al dominio de Nación alguna, la seguridad é independencia de éstas exige que se considere como parte del territorio de las mismas contigua á sus playas.

El insigne tratadista Fiore, en su tratado de *Derecho internacional público*, declara que, extendiendo la soberanía territorial su jurisdición sobre las aguas hasta cierta distancia de la costa, es una consecuencia clara y cierta de esto, que cuando los buques entren en las aguas territoriales extranjeras, se hallan bajo la jurisdicción del país bañado por dichas aguas. De suerte que en atención á esta idea fundamental, es preciso insistir en la excepción antes establecida de que los buques á veces no se consideran como una ampliación del país en que se hallan nacionalizados, porque, como observa el mismo indicado autor, reputándose las naves como adyacentes al territorio del Estado cuya bandera ostentan y bajo el cual ejercen los derechos jurisdiccionales, es necesario determinar exactamente el campo en que cada soberanía puede ejercitar esos derechos, á fin de evitar conflictos. La diferencia que encuentra Fiore entre el mar territorial y la alta mar, la funda en que el mar, hasta cierta distancia de la costa, forma parte del territorio del Estado, y su posesión corresponde á la soberanía del mismo, con exclusión de todos los demás; por eso se llama mar territorial, porque de él tiene el Estado la posesión jurídica, que no puede ostentar de la alta mar. En aquél cabe la posibilidad física de ser poseído, y su extensión estará determinada por esa misma posibilidad.

Los autores y Estados civilizados señalan hoy la zona del mar territorial en la distancia de tres millas á contar desde la playa; creyendo Fiore que podrá extenderse hasta el alcance máximo de los mejores cañones; pero ese criterio resulta algo inexacto. Por esto opina el tratadista Calvo, en su *Derecho internacional*, que hasta que no se haya establecido otra cosa en contrario y no se haya tomado una decisión sancionada por la mayoría de los Estados, la demarcación de tres millas marítimas constituye, desde el punto de vista internacional, una regla fija que debe ser observada y respetada.

Tales consideraciones explican la disposición del párrafo segundo de nuestro art. 732, al aludir á los testamentos otorgados por un español en buque extranjero y en *alta mar*. Parece, por

tanto, deducción lógica la de que el español que navegue en dicha clase de buques, pero dentro de las aguas jurisdiccionales de España, quede obligado á guardar las formalidades testamentarias de nuestro Código civil.

El precepto que comprende el apartado tercero del artículo que comentamos representa una evidente excepción al principio del estatuto formal, porque permite el empleo de una clase de testamento en país extranjero, aunque éste no la admita en su legislación civil. Esto constituye además una intromisión en la soberanía privativa de las Naciones, á las que, es verdad, les quedará reservada la propia facultad con respecto á los súbditos suyos que testen en España. Así se ha hecho, por ejemplo, en el artículo 19 del Tratado celebrado entre Francia y nuestra Nación en 7 de Enero de 1872, al no distinguir la clase de testamentos que quedaban autorizados para otorgar los franceses en nuestro territorio. Y la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Junio de 1873, en efecto, reconoce que el francés transeúnte ó domiciliado en España puede, con arreglo al citado art. 19, otorgar testamento ológrafo, por ser válido con arreglo al Derecho de su país (aún no se conocía aquél entre nosotros). Hay, sin embargo, la particularidad en el referido caso, de que la Nación francesa obtuvo esa concesión tratándose de los súbditos suyos que hubieren de disponer su última voluntad en España, pero ante los Cónsules generales, Cónsules, Vicecónsules ó Agentes consulares ó sus Cancilleres en las mismas Cancillerías, en el domicilio de las partes ó á bordo de los buques de su Nación. Y esta excepción se encuentra justificada como luego veremos, porque bien explicada no puede considerarse tal excepción, sino consecuencia del mismo estatuto formal rectamente entendido. Además, concesiones de la naturaleza de las indicadas, parece más propio establecerlas en un Tratado internacional, en que las Naciones contratantes, por su exclusivo provecho é interés, y sin necesidad de tener en cuenta para nada la teoría de los estatutos, que sólo regirá supletoriamente á falta de esos pactos internacionales, regulan á su arbitrio las relaciones jurídicas de sus respectivos naturales.

Lo que juzgamos improcedente es que nuestro Código establezca la excepción relativa al testamento ológrafo, y mucho más tratándose de una forma de testar tan expuesta ya de por sí á

peligros fundados; cuando, por otra parte, se la despoja de uno de los medios más útiles para asegurar su autenticidad, cual es el relativo al requisito del papel sellado. Y este juicio que expresamos de nuestra *Compilación civil,* le hacemos extensivo á las demás extranjeras, ya que son varias las que adoptan igual procedimiento sobre el particular.

En el supuesto á que se refiere el último párrafo del art. 732, el Sr. Sánchez Román opina que el testamento ológrafo, otorgado en esa forma, sólo será válido en España, pudiendo rechazarlo los otros países donde hubiere necesidad de ejecutarlo, por no haberse obervado la *lex locus regit actum*, única admisible para los demás terceros Estados. Creemos esto indudable, siempre que, como es natural, las respectivas legislaciones no contengan disposición autorizando ó dando validez á esa forma de testar, porque el Código español no puede obligar á los demás Estados, sino referirse, en el caso presente, sólo á conciudadanos españoles y á testamentos que hayan de cumplirse en nuestro territorio. Y no basta que el apartado último del art. 688 autorice á los extranjeros para testar ológrafamente en su propio idioma; porque con esto, el legislador español se ha limitado á la aplicación corriente del estatuto formal, permitiendo á los no españoles el uso de una clase de testamento que nuestras leyes admiten; al paso que el párrafo 3.º del art. 732 autoriza aquella forma testamentaria aun en países en que aparezca sin vida legal alguna, ó proscripta de sus Códigos.

Ese testamento ológrafo ya veremos más adelante qué destino habrá de llevar, cuando su autor no quiera conservarlo en su poder; debiendo aconsejar nosotros que para evitar en el día de mañana entorpecimientos y dificultades, se deposite en manos del Agente diplomático ó Consular respectivo, sobre todo si la Nación en que el testador hubiere dispuesto su última voluntad en forma ológrafa no admite ésta y aquél juzga improbable poder conservar el testamento en su poder hasta que regrese á España.

De esa suerte, las diligencias de apertura, comprobación y protocolización se ajustarán á las reglas procesales españolas contenidas en los artículos 691 al 693 del Código civil; porque dichos Agentes están en el deber de remitir el testamento á nuestro Ministerio de Estado. De otra manera podría en deter-

minados países extranjeros discutirse la validez de ese testamento ológrafo, cuando en ellos no estuviera admitida tal modalidad testamentaria.

*
* *

El art. 733 constituye una segunda excepción de la regla *locus regit actum,* por cuanto en su lugar respectivo hubimos de convenir ya en que la institución del testamento mancomunado afecta á la forma, no al fondo de las últimas voluntades. El artículo 669 no prohibe el que dos personas puedan testar recíprocamente, la una en provecho de la otra; lo que impide es que esas personas puedan hacerlo en un mismo instrumento testamentario, porque el testamento es acto personalísimo, en que no ha de haber más que un solo testador.

Tal disposición es también consecuencia legal de la excepción que al estatuto formal impone el párrafo 3.° del art. 11, porque se trata de leyes prohibitivas, como la del referido art. 669, que no han de quedar ineficaces, según ya sabemos, por actos realizados en país extranjero. Sin embargo, decimos del testamento mancomunado lo propio que hemos expuesto anteriormente del ológrafo: Se invaden las atribuciones soberanas de un país cuando la legislación de éste no admite dicha forma de testar; porque es obvio que alguna autoridad ha de concederse á esa legislación, por lo menos para que pueda regular legítimamente las formalidades externas de los actos jurídicos que en los límites de su territorio se realicen, cualquiera que sea la nacionalidad de los que en ellas intervengan.

Regirá el precepto excepcional del art. 733 exclusivamente en cuanto á los testamentos mancomunados, cuya efectividad y ejecución tratara de llevarse á cabo en España.

Si un español emplea la forma mancomunada de testar en una Nación en cuyo Código se halle admitida y consagrada, el testamento será válido, siempre que se hayan tenido en cuenta las prescripciones del Código español, respecto al orden de suceder, como á la cuantía de dicho derecho y á la validez de las disposiciones internas, que es lo que constituye el estatuto personal, á que se refiere el apartado segundo del art. 10 del mismo Código; porque nuestro art. 733 se limita á expresar que no será válido *en*

España el testamento mancomunado que los españoles otorguen en el extranjero, es decir, que no trate de hacerse valer ante las autoridades españolas ó ejecutarse en nuestro territorio, ó llevar á la práctica sus consecuencias legales; porque entonces ya podría decirse que el testamento se cumplía en territorio español.

***

La materia que acabamos de examinar, comentando los artículos 732 y 733, la damos por reproducida refiriéndonos en nuestra misma patria á las relaciones de derecho testamentario entre las provincias de legislación común y las que están regidas por su respectivo fuero. Está bien terminante el art. 14 del Código: «Lo establecido en los artículos 9, 10 y 11 respecto á las personas, los *actos* y los bienes de los españoles en el extranjero y de los extranjeros en España, es aplicable á las personas, *actos* y bienes de los españoles en territorios ó provincias de diferente legislación civil.» Por tanto, concretándonos á los problemas jurídicos de que al presente tratamos, serán asimismo aplicables los principios del estatuto formal á los que gocen de vecindad en provincias no aforadas ó á los que estén á los mismos equiparados, cuando unos y otros se hallen en territorio de derecho foral, con las excepciones que en este comentario quedan explicadas. Los primeros, por tanto, podrán otorgar testamento ológrafo en cualquier parte del territorio español, aun no admitiendo aquél las provincias aforadas; pero no están autorizados para testar en forma mancomunada si disponen de su última voluntad en Navarra, Aragón y Vizcaya, siempre que el testamento quisiera hacerse valer en las provincias á cuya legislación estén sometidos dichos testadores.

En el comentario del art. 669 ya demostramos, hasta con la autoridad de una Resolución general de la Dirección de los Registros, que los aragoneses, navarros y vizcainos podían otorgar testamento mancomunado, puesto que su respectivo fuero lo autorizaba, y el art. 12 respetaba la integridad de la legislación foral. Pero en la presente ocasión nos referimos, no al natural de esas provincias ó al que por un concepto ó por otro esté sometido á su legislación especial, sino precisamente al que no está sometido á la misma, pero que, accidentalmente ó no residiendo el

tiempo que produce vecindad, se encuentra en territorio aforado. Las soluciones, pues, en uno y otro caso tienen que ser diametralmente opuestas, porque en el primer supuesto rige por entero el derecho foral, en cuanto á las personas, los actos y los bienes del testador, y en el segundo solamente las consecuencias del estatuto formal, con la terminante excepción prescrita en el artículo 733, que además está comprendida en el apartado 3.º del artículo 11 del Código, como ley prohibitiva concerniente á acto jurídico, que no puede quedar sin efecto por disposición acordada en provincia española de diferente legislación civil. Recuérdese que dicho último artículo está, por el 14, aplicado á las relaciones interprovinciales de que venimos tratando.

Se haría inacabable este comentario, é impropio de la presente obra, si nos decidiéramos á examinar, con relación á lo que queda expuesto, la multitud de complejas cuestiones y dudas transcendentales que puede originar el estudio de cada caso concreto en alguna disposición de los muchos Tratados internacionales celebrados por España con otras Naciones y en el Derecho foral.

ART. 734. También podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento abierto ó cerrado, ante el Agente diplomático ó consular de España residente en el lugar del otorgamiento.

En estos casos, dicho Agente hará las veces de Notario, y se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las secciones quinta y sexta de este capítulo, no siendo, sin embargo, necesaria la condición del domicilio de los testigos.

Concordancias.—Semejante al art. 586 del proyecto de 1851 é igual al 733 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 735. El Agente diplomático ó consular remitirá, autorizada con su firma y sello, copia del testamento abierto, ó del acta de otorgamiento del cerrado, al Ministerio de Estado para que se deposite en su archivo.

Concordancias.—Semejante en su doctrina al art. 587 del proyecto de 1851 é igual al 734 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 736. El Agente diplomático ó consular, en cuyo poder hubiese depositado su testamento ológrafo ó cerrado un español, lo remitirá al Ministerio de Estado cuando fallezca el testador, con el certificado de defunción.

El Ministerio de Estado hará publicar en la *Gaceta de Madrid* la noticia del fallecimiento, para que los interesados en la herencia puedan recoger el testamento y gestionar su protocolización en la forma prevenida.

Concordancias.—Análogo al art. 735 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 734, 735 Y 736.—Los artículos 734 y 735 regulan la otra forma testamentaria potestativa á que en páginas anteriores nos hemos referido. La declaración de que los españoles en el extranjero pueden testar ante un Agente diplomático ó consular que resida en el lugar del otorgamiento, y con arreglo á las leyes del país del testador, no contradice el principio *locus regit actum*. Así como al buque español se le conceptúa una ampliación de nuestro país, el representante

diplomático ó consular de España en el extranjero se supone que lleva consigo parte del territorio, cuando ha de intervenir en actos de los naturales ó nacionalizados en el país que representa, hasta el punto de que la casa del Embajador ó del Cónsul se reputa como asilo reservado á los mismos para ejercer las funciones que les están señaladas, con independencia de toda autoridad del país en que se encuentran. Este concepto se halla comprendido en la idea general que se conoce con el nombre de extraterritorialidad ó de inmunidad personal.

El español que ordena su última voluntad en el extranjero ante un Representante de su Nación, se entiende que testa en su país, y por consecuencia, ha de observar, no la doctrina de los estatutos, porque ésta deja entonces de ser aplicable, sino las propias leyes de su territorio. Dice el Sr. Sánchez Román que, por virtud de la ficción de la extraterritorialidad, considérase al Agente diplomático y al Cónsul, en países infieles singularmente, como residiendo en su patria, ejerciendo allí sus actos y atribuciones y otorgando por tanto testamentos, bajo las disposiciones legales del territorio en que finjan residir.

Ese principio aplicado á la materia testamentaria está tan universalmente aceptado por las Naciones civilizadas, que lo hallamos recogido en casi todos los Códigos extranjeros y hasta explícitamente en algunos Tratados internacionales. En el celebrado el 22 de Febrero de 1870 entre España y Alemania (§ 2.° *del art. 10)* se concede á los Cónsules generales, Cónsules ó Vicecónsules ó Agentes consulares de los dos países, y aun á los Cancilleres, el poder autorizar como Notarios las disposiciones testamentarias de sus nacionales y todos los demás actos propios de la jurisdicción voluntaria, aun cuando estos actos tengan por objeto la constitución de hipotecas sobre bienes situados en el territorio de la Nación á que pertenezca el Cónsul ó Agente consular.

El Reglamento del Cuerpo consular español de 23 de Julio de 1883, dispone en el art. 32 que los Vicecónsules en su distrito son Notarios públicos y Secretarios de Juzgados, y les corresponde ejercer, bajo la inmediata dirección del Cónsul, las funciones propias de dichos cargos; lo cual no obsta para que el Cónsul pueda ejercer también dichas funciones cuando estuviere solo ó por otro motivo justificado. El Código civil, al parecer,

otorga ese carácter á todo funcionario diplomático ó consular que esté acreditado como tal en la residencia del testador. Y los Aranceles consulares de 14 de Julio de 1890, en su art. 32, prevén el caso á que se refiere nuestro art. 734, porque fijan los honorarios de dichos funcionarios por la formación de un testamento ó codicilo cerrado.

De otro lado, la disposición según la que, en los casos indicados, el testamento á que venimos refiriéndonos se otorgará, cual quiera que sea la forma, abierta ó cerrada (puesto que en la ológrafa no se precisa intervención alguna notarial), con arreglo á las leyes españolas, es también consecuencia obligada de la regla general contenida en el párrafo 2.°, art. 11 del Código, con sujeción á cuyos artículo y párrafo, cuando los testamentos, como los actos ó contratos, sean autorizados por funcionarios diplomáticos ó consulares de España en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas.

El testamento otorgado en tal forma será perfectamente válido en España: Para hacerlo valer en otro cualquier país, habrá que atenerse á lo que la legislación respectiva sobre el particular disponga; puesto que, repetimos, el precepto que examinamos hubo de dictarse en favor de los españoles que se encontraran en país extranjero, cerca del cual existiera acreditado algún representante diplomático ó consular de España; pero no puede obligar á las demás Naciones que tengan otra cosa legislada en la esfera privativa de su soberanía.

De suerte que con la variación de la persona que desempeña las funciones notariales, los testamentos abiertos y cerrados, á que alude nuestro artículo, son verdaderamente solemnes y ordinarios. No necesitan de confirmación posterior, ni de ninguna otra solemnidad supletoria, para que después del fallecimiento del testador surtan todos sus efectos.

Además, la referencia á las *Secciones quinta y sexta* de este capítulo es completa y sin limitación alguna. Por tanto, ante los Agentes diplomáticos y consulares podrán asimismo testar los sordos y ciegos, los que se hallen en peligro inminente de muerte y los que testen en tiempo de epidemia: Estas dos últimas formas deberán autorizarse interviniendo forzosamente dichos funcionarios, aunque los artículos 700 y 701 de nuestro Código no preci-

sen la comparecencia de Notario; porque en tanto, dijimos, se admite en el extranjero testar con arreglo al citado Código en cuanto tal acto se realice en presencia de los representantes diplomáticos ó consulares de España.

La protocolización de los testamentos también pueden llevarla á cabo esos mismos Agentes. De ello nos convencen las referencias que se hacen en nuestro art. 734; y además, en los 32 y 33 de los Aranceles de los Cónsules anteriormente citados se prevé asimismo el caso de protocolización de testamentos ológrafos y de toda clase de documentos. Por otra parte, residiendo en algunos casos la escritura matriz en la oficina de los expresados Agentes diplomáticos, deben por consecuencia legal cumplirse allí todas las demás funciones notariales.

En cuanto á la solemnización posterior de ciertos testamentos abiertos comprendidos en las circunstancias del art. 704 del Código, los Cónsules y Agentes diplomáticos desempeñarán las funciones correspondientes en tales actos de jurisdicción voluntaria, sólo cuando los Tratados y la costumbre les concedan el ejercicio de esa jurisdicción: Según el art. 31 del Reglamento consular de 1883, entonces administrarán los Cónsules justicia en lo civil y en lo criminal, en primera instancia, entre súbditos y contra súbditos españoles.

Esa solemnización posterior, tratándose de testamentos excepcionales otorgados ante Agentes diplomáticos ó consulares en el extranjero, no ha de ser muy frecuente, porque ya hemos dicho que los testamentos de que tratamos solamente serán admisibles cuando los reciban aquellos funcionarios; y como éstos hacen el papel de Notarios, se excusará la elevación del testamento á escritura pública, á no ser que la última voluntad se hubiera expresado simplemente de palabra.

La única excepción que especifica el art. 734 es la referente á los testigos, a quienes se dispensa de la condición del domicilio, exigida por el núm. 3.° del art. 681 del Código. Por lo demás, parece que todos los otros requisitos que éste determina han de ser cumplidos, por tratarse de testamentos hechos con arreglo á las solemnidades de las leyes de España. Mas, como algunos autores opinan, ¿estarán incapacitados para testificar en dicha clase de testamentos, los extranjeros que conozcan el idioma en que se exprese el testador? Al estudiar cada uno de los pro-

blemas jurídicos que entraña el citado importantísimo art. 681 del Código, convinimos en que los extranjeros, vecinos ó domiciliados en España, podían ser testigos testamentarios en los testamentos otorgados en dicha Nación. Luego con más motivo podemos admitir en tal cargo á los que en realidad no son extranjeros en el país en que se ordenan las últimas voluntades á que alude nuestro art. 734, aunque lo sean con relación al testador, y aquéllas se otorguen con las solemnidades del Derecho español. Además, dichos testigos podrán ser vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento, que es lo que, al fin y al cabo, exige el tan repetido núm. 2.° del art. 681. Por esto resulta ilógica y redundante la excepción á que se refieren las últimas palabras del art. 734; á no ser que éste aluda al domicilio que los testigos puedan tener en país extranjero, porque si se refiere al de España, claro es que aquéllos, siendo españoles, no pueden tener el domicilio al mismo tiempo en el lugar del otorgamiento. Los Códigos chileno (art. 1.028, núm. 3.°), portugués (1.962) y del Urugüay (790, núm. 2.°), entre otros, terminantemente admiten á los extranjeros para testificar en testamentos ordenados fuera de sus respectivos territorios, ó requieren en primer término á los naturales del país, y, en su defecto, á extranjeros domiciliados en la Nación en que se otorgue la última voluntad.



Otorgado y autorizado el testamento, y antes de cumplir con lo dispuesto en el art. 735 del Código, se practicará lo que ordena el art. 7.° del Real decreto de 19 de Febrero de 1891, sobre reorganización del Registro general y particulares de actos de última voluntad: Dispónese en dicho Real decreto que los Agentes diplomáticos ó consulares de España en el extranjero remitirán á la Dirección general de los Registros, en el término de tercero día, á contar desde el otorgamiento ó protocolización del testamento, una comunicación en la que, por párrafos separados, se consignen los nombres y apellidos de los otorgantes, su naturaleza, vecindad ó domicilio, estado, nombres y apellidos de sus padres, funcionario que haya autorizado ó protocolizado el acto, población en que tenga lugar, fecha, clase de actos de última voluntad y demás observaciones pertinentes. Si no pueden expresarse

todas esas circunstancias, se manifestará que van comunicadas las únicas adquiridas. El Jefe del Negociado de la Dirección acusará recibo á los Agentes diplomáticos ó consulares, quienes, si no tienen aquél después de transcurrido el tiempo necesario para ello, repetirán dicha comunicación hasta obtenerlo. Además, los expresados funcionarios, en virtud de lo que determina el apartado último del art. 10 del citado Real decreto de 1891, remitirán cada mes á la Dirección general de los Registros las hojas, por orden alfabético, que estén completamente llenas, de los asientos hechos en su Registro particular, manifestando en la comunicación el número de las hojas que se acompañan, el de las que quedan empezadas, y el de asientos que contiene cada una de éstas, con expresión de la letra á que corresponda.

Después de lo anteriormente consignado, el Agente diplomático ó consular deberá cumplir el art. 735 del Código, remitiendo al Ministerio de Estado, en el plazo más breve posible, y sin esperar á que fallezca el testador, la copia del testamento abierto, autorizada con su firma y sello, ó la del acta de otorgamiento del testamento cerrado, en la propia forma, con el objeto de que sean archivadas en dicho Ministerio. Esta formalidad, por sí sola, no tiene por objeto, como supone un tratadista español, el facilitar que llegue á conocimiento de las familias y de los interesados la existencia de tales últimas voluntades; porque el referido Archivo tiende á asegurar la conservación de aquéllas y á tenerlas á disposición de los interesados, cuando proceda la aplicación del art. 736.

El Agente diplomático ó consular, en todo caso, hará la expresada remisión al Ministerio de Estado como una formalidad inmediata y subsiguiente á las que hemos explicado al examinar el art. 734. Por eso el 735 para nada se refiere al testamento ológrafo, porque en éste no intervienen dichos Agentes, y mal pueden tener noticia de su existencia, salvo el caso de que fuera depositado en su poder; pero entonces el artículo aplicable sería el 736.

El testamento abierto queda, como matriz de una escritura pública, en la oficina del Agente diplómatico ó consular respectivo, quienes deberán remitir una copia autorizada al Ministerio de Estado para su Archivo. Mas los testamentos cerrados y ológrafos no se hallan en el mismo caso. Los cerrados pueden que-

dar ó en poder del mismo testador ó de una persona de su confianza, ó del Agente diplomático ó consular, surgiendo, en este último caso, la procedencia de lo dispuesto en el art. 736.

Con respecto al testamento ológrafo, sabido es que se ordena ú otorga por el testador, independientemente y sin la intervención de ningún fedatario, pudiendo aquél, cuando se hallare en el extranjero, encomendar la conservación de su última voluntad al representante acreditado de España en este punto, caso previsto por el art. 736.

Este precepto también puede aplicarse cuando el español tenga ya de antemano otorgados sus testamentos cerrado ú ológrafo, en el extranjero ó en territorio español, y resuelva depositarlos en manos del Agente diplomático ó consular en una Nación extranjera. Por esto, el referido artículo comienza con otro giro en su redacción, más amplio y generalizador que el inicial del art. 735 del proyecto de 1882, precedente suyo casi literal, el cual preveía solamente el caso de que algún español que hubiere testado en país extranjero quisiere depositar su testamento cerrado ú ológrafo en poder del Agente diplomático ó consular.

Nuestro art. 736, regulando por analogía una obligación que el art. 712 impone al Notario en el testamento cerrado normal, ordena á dichos Agentes que, conservando en su poder los testamentos secretos y ológrafos, los remitan directamente y originales al Ministerio de Estado, en vez de hacerlo al Juez competente á que se refiere dicho art. 712.

El art. 735 se diferencia del 736 en que el primero trata de una remisión que debe verificarse inmediatamente del otorgamiento de los testamentos abiertos y cerrados, mientras que el segundo de esos preceptos no entra en ejecución hasta que ocurra el fallecimiento del testador en el punto del extranjero á que alcance la jurisdicción del funcionario diplomático ó consular respectivos. Gozan también éstos de autoridad, según los artículos 1.° y 4.° de la ley de Registro civil de 17 de Junio de 1870 para llevar el Registro de las defunciones de españoles que ocurran en en el extranjero, en la forma que circunstanciadamente determinan el art. 91 de dicha ley, los concordantes del Reglamento de 13 de Diciembre del propio año y la Real orden de 29 de Abril de 1885. Esa misión está confiada en el Reglamento consular de 1883 á los Vicecónsules que, además de Notarios, son Secre-

tarios de Juzgado y ejercen tales funciones bajo la inmediata dirección del Cónsul respectivo, quienes podrán encabezar y suscribir por sí mismos el certificado de fallecimiento á que alude el primer apartado de nuestro art. 736.

Depositado el testamento cerrado en poder de un particular, éste, en el caso de que sea español, cumplirá con la obligación prescrita en los artículos 712 y 713, entregando el pliego testamentario al Agente diplomático ó consular en cuya demarcación se encuentre, para que á su vez sea posible la práctica del texto que estamos comentando.

* * *

No nos cabe duda alguna de que los funcionarios diplomáticos y consulares quedarán incursos en la correspondiente responsabilidad civil de indemnización de daños y perjuicios, si habiendo intervenido en la otorgación de testamentos abiertos ó cerrados con su calidad notarial, fueran aquéllos declarados nulos, y se probara que no se observaron las respectivas solemnidades establecidas en cada caso, por malicia, negligencia ó ignorancia inexcusables.

Desconocemos qué fundamentos (pues no los alega) habrá tenido el tratadista Sr. R. Gómez, en su *Tratado sobre las sucesiones*, para negar dicha responsabilidad; nosotros la encontramos clarísima dentro de los preceptos del Código. Precisamente la consideración de que los Agentes diplomáticos ó consulares ejercen en el extranjero las funciones notariales en la confección de testamentos, *hacen las veces de Notario*, como dice el comienzo del párrafo segundo del art. 734, y la de que éste se refiere expresamente á toda la *Sección* que trata del testamento cerrado, sin limitación alguna, sirven para hacer igualmente aplicables á los expresados funcionarios las mismas prescripciones que obligan á los Notarios. Por esto, á aquéllos se les exige que conozcan la legislación notarial de su país, para que la apliquen con acierto y con iguales rigor y escrúpulo con que se aplica en la Península.

Ahora bien: si el párrafo último del art. 736 hay que interpretarle tal cual literalmente está concebido, es imposible su aplicación de no admitir una inteligencia virtual y más conforme con las circunstancias y supuestos de que parte. Obsérvese que nada

en él se habla de la apertura del testamento cerrado, ni de las medidas complementarias de solemnización, en el ológrafo, determinadas en los artículos 691 y 692 del Código. Luego, ¿cómo el factible que lleguen á conocerse los interesados en la herencia, en la primera forma de testar, y aun en la segunda cuando se remita al Ministerio el testamento ológrafo cerrado por haberlo así dejado el testador? Y desconocido ese extremo, ¿cómo han de ser posibles las gestiones de protocolización testamentaria á que se refieren las últimas palabras de dicho apartado?

No se adopta ni se alude en lo más mínimo al procedimiento regulado en los artículos 718 y 727 respecto de los testamentos militares y marítimos, de remitirlos el Ministro de la Guerra ó el de Marina, en su caso, al Juez del último domicilio del difunto ó al Decano de los de Madrid, para que procedan de oficio á la apertura de los testamentos cerrados, con citación é intervención del Ministerio fiscal, poniéndose, después de abiertos, en conocimiento de los herederos y demás interesados, ni se encomiendan estas funciones á los Agentes diplomáticos ó consulares en el punto del extranjero en que están facultados para administrar justicia en lo civil.

El Ministerio de Estado, según el tenor literal del precepto que examinamos, habrá de limitarse á hacer insertar en la *Gaceta de Madrid* la noticia del fallecimiento del testador, y creemos que, además, la circunstancia de que éste testó en determinado punto del extranjero. El art. 1.029 del Código de Chile, que es el único de los Códigos extranjeros que más analogía mantiene con el texto objeto del comentario, ordena que el Ministerio de Relaciones exteriores remitirá la copia del testamento abierto ó la carátula del cerrado al Juez del último domicilio del difunto, con el objeto de incorporarla al protocolo ó archivo del Escribano del mismo domicilio.

Si, pues, entendemos que por el hecho de darse á conocer en la *Gaceta* el fallecimiento del testador y el otorgamiento del testamento cerrado ú ológrafo en el extranjero, se supone que los interesados en la herencia han de ser los más próximos parientes y allegados de dicho testador, los cuales podrán determinarse por la exclusiva eficacia de dicha inserción, nos encontramos con la dificultad de que el art. 736, en su segunda parte, no habla ni alude al acto de apertura de los pliegos testamentarios y sí sólo

á su protocolización, que son dos trámites muy distintos, según el Código y la ley de Enjuiciamiento civil. Y si, por el contrario, al acto de la inserción de la noticia de la muerte y de la existencia de una disposición testamentaria, en el periódico oficial citado, ha de preceder la diligencia de apertura del testamento cerrado y del ológrafo, cuando se encuentre en aquella forma, es imposible adivinar, según el expresado precepto, qué autoridad ni con arreglo á qué trámites ni en qué punto se ha de llevar á cabo la mencionada diligencia.

Todas estas observaciones las hace precisas el incoherente y extraño modo con que aparece concebida la redacción del párrafo que comentamos. Mientras tales preceptos no sean debidamente corregidos, opinamos que la interpretación de ese precepto debe ser la primera de las dos que hemos indicado como posibles: Y por tanto, los que se supongan interesados en la herencia en el concepto de parientes ó allegados, cuyos extremos acreditarán ante el Ministerio de Estado con las oportunas certificaciones del Registro civil, deberán obtener el testamento, sea ológrafo ó cerrado, y ante el Juez del último domicilio del difunto, ó si éste no es conocido, ante el Decano de los de Madrid, solicitarán la práctica de las diligencias á que aluden respectivamente los artículos 691 á 693 y 714 del Código; entendiéndose que la protocolización de que trata el 736 (§ 2.°) lleva sobreentendida, en un caso, la apertura del testamento cerrado, que precederá, como es natural, á aquel trámite; y en otro, las prácticas de comprobación de la letra del testador.

Si el testamento ológrafo se halla en pliego abierto, no creemos que exista inconveniente alguno en que se haga el llamamiento de los interesados en la herencia por medio de la *Gaceta de Madrid*, al propio tiempo que se participa el fallecimiento del testador y el haber dispuesto su última voluntad ante un representante acreditado de España en el extranjero.

SECCIÓN DÉCIMA

De la revocación ó ineficacia de los testamentos.

Tendría, seguramente, colocación más adecuada la presente *Sección décima*, al final del tratado de testamentos, como hacen la mayoría de los Códigos extranjeros y el proyecto de 1851, puesto que para tratar de revocación é ineficacia de disposiciones testamentarias, procede antes conocer éstas detalladamente, á fin de comprender después la idea de que ninguna de ellas es definitiva é irrevocable, antes del fallecimiento del testador, sino meramente provisional y dependiente, en todo caso, de la voluntad de aquél. La institución de heredero, el señalamiento de mejoras, la concesión de legados, el nombramiento de albaceas, etc., son todos extremos comprendidos en un testamento, que pueden quedar sin efecto por una revocación ó por la concurrencia de una circunstancia de nulidad.

Tratando de los dos conceptos jurídicos objeto de la presente sección, nada más pertinente que repetir lo que, con la sabiduría de siempre, dice Justiniano en sus Instituciones: *testamentum iure factum usque eo valet donec rumpatur, irritumve fiat;* el testamento hecho con arreglo á las leyes es válido hasta que se rompe ó se hace inútil, ó, como dice Mackeldey *(Elementos del Derecho Romano)*, un testamento se considera válido hasta que una causa de nulidad le hace aparecer nulo desde el principio, ó le invalida después. Ese mismo Derecho de Roma distinguía diversas formas, por las que un testamento quedaba sin efecto, llamando *testamentum iniustum* á aquel en que no se habían observado

las solemnidades exteriores: *testamentum nullum* al que contenía un vicio esencial, que afectaba al fondo de la última voluntad, tal como la incapacidad del testador, la preterición de un heredero forzoso; *testamentum irritum* el hecho por un testador que dejaba de ser ciudadano romano ó perdía la condición de *sui iuris*, efecto de sufrir una *capitis diminutio; testamentum destitutum*, porque el heredero dejase de adir la herencia, se hiciese incapaz ó no llegase á cumplir la condición impuesta por el testador; *testamentum ruptum*, por el nacimiento de un heredero forzoso, por la adquisición de esta cualidad, ó por la ruptura material del testamento; *testamentum rescissum*, el declarado nulo por haber prevalecido la acción de inoficioso; y el testamento que se inutilizaba por el cambio de la voluntad del testador.

La legislación de Partidas aceptó virtualmente ese tecnicismo, que llegó á hacerse incompatible con la organización testamentaria implantada en la vida del Derecho positivo por el *Ordenamiento de Alcalá*. El nacimiento de un hijo, el hecho de no llegar á adirse la herencia, la preterición de un heredero forzoso, producirán hoy la nulidad de la institución de heredero, no la del testamento, porque se puede morir parte testado y parte intestado. La *capitis diminutio* desapareció con la legislación romana.

Fácilmente se comprende que todos esos distintos vicios y situaciones jurídicas de los testamentos pueden perfectamente quedar reducidas á dos: testamentos nulos y testamentos revocados.

Estas son también las dos ideas que científicamente se emplean en la presente *Sección décima:* «la caducidad

ó ineficacia y la revocación». La ineficacia, equivalente en estos momentos á nulidad, supone que el testamento nunca ha existido, «*quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere.*» Tales ideas se corresponden, en cierto sentido, con las de rescisión y nulidad de los contratos, en cuanto una significa que queda sin efecto lo dispuesto por el testador ó por los contratantes, pero presupuesta su validez; y la otra no hace más que retrotraer á tiempos anteriores, declaraciones que traen su razón de ser del momento en que se otorgó el acto ó contrato. Lo que como última voluntad disponga un demente, nunca puede ser testamento ni producir efecto jurídico alguno; así es que, declarada su nulidad por los Tribunales posteriormente, no es que desde entonces deje de producir efectos; se entiende que nunca los ha producido. Dice perfectamente la segunda parte del art. 1.038 del Código de la República Argentina: «*Los actos nulos se reputan tales, aunque su nulidad no haya sido juzgada*», expresando el art. 1.050 del propio Código que la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo ó igual estado en que se hallaban antes del acto anulado. Representaría, pues, un contrasentido jurídico el que se declarase que un testador menor de catorce años pudiese revocar un testamento que hiciera antes de llegar á esa edad.

Los efectos de la revocación y de la nulidad de los testamentos son los mismos; consecuencia obligada de ellos es la invalidación de la última voluntad á que se refieren; pero, en un caso, es el testador quien decreta aquélla, y en el otro la ley, en nombre del interés público y de los principios generales del Derecho.

La presente *Sección* bien puede decirse que está casi toda consagrada á la *revocatio;* de los siete artículos que la componen, seis regulan diversos modos de revocación, efectos determinados que ésta, en algún caso ha de producir y requisitos con que debe verificarse; el restante artículo es el destinado á enunciar simplemente el principio de la caducidad ó ineficacia.

ART. 737. Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad ó resolución de no revocarlas.

Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras ó señales.

Concordancias.—Virtualmente igual al art. 717 del proyecto de Código de 1851 é idéntico al 915 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. I, ley 22.*—...La otra es, quando el testador dize assi: Este mio testamento que agora fago, quiero que vala para siempre, e non quiero que vala otro testamento que fuesse fallado, que ouiesse fecho ante deste, nin despues. Ca si acaesciesse, que este atal mudasse su voluntad, e fiziesse otro testamento, non quebrantaria por ende el otro, que ouiesse ante fecho: fueras ende si el testador dixesse en el postrimero testamento señaladamente, que reuocaua el otro, e que non tuiesse daño, a aquel testamento que agora fazia, las palabras que dixera en el primero.

Partida 6.ª, tít. I, ley 25.—La voluntad del ome es de tal natura, que se muda en muchas maneras, e por ende ningun ome non puede fazer testamento tan firme, que lo non pueda despues

mudar, quando quisiere, fasta el dia que muera; solamente, que sea en su memoria, cuando lo camiare e que faga otro acabadamente.

COMENTARIO.—Hemos manifestado, al explicar la definición del testamento, que una de las notas diferenciadoras más esenciales de la misma es la revocabilidad, hasta el punto de que sin ella no se comprende la institución testamentaria. *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad mortem:* el hombre puede variar su voluntad hasta la muerte; y toda excepción á este principio, como ya decía la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Junio de 1865, con referencia á la anterior legislación, debe interpretarse en sentido restrictivo, como cuanto tienda á coartar el libre ejercicio de la importante facultad de testar. El art. 737, transcrito, sienta, en su primera parte, la declaración general, llegando hasta prohibir al testador la renuncia á la modificación de sus disposiciones testamentarias. Esta última idea es análoga á la que inspira el último párrafo del art. 675, según el que el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley. Se trata de principios que afectan á lo esencial de una institución, por los que debe velar el Derecho público.

El testamento, como dice filosóficamente el art. 3.824 del Código de la República Argentina, no confiere á los instituídos ningún derecho natural. La transmisión de derechos se verifica á partir del fallecimiento del testador, puesto que hasta ese momento aquél continúa siendo dueño de sus bienes, de sus consejos, árbitro absoluto de su voluntad. Por eso se dice de ésta que ha de ser *última,* y claro es que hasta que la muerte ocurra podrá el hombre mostrar de muchas y quizás opuestas maneras sus resoluciones, no teniéndose por *última* sino la vigente en dicho momento. Al compás de las impresiones recibidas por el testador, de las diversas necesidades sentidas por los que le rodean, de las distintas exigencias que puedan originarse del nacimiento de un nuevo hijo ó pariente, de la creación de algún otro lazo familiar ó social, etc., etc., ha de ser necesario amoldar la organización económica de la familia sobreviviente, y en su consecuencia variar la distribución del peculio hereditario, sin que pueda reputarse nunca el testamento anteriormente otorgado como arca

sagrada, á la que no sea posible tocar. Ningún fin cumpliría entonces la institución testamentaria. Como dice un distinguido comentarista, si se permitiera al testador dar el carácter de irrevocabilidad á su testamento, se vendría á hacer predominar una voluntad más antigua sobre otra más reciente, y por esto Alcuino, citado por Guizot en la *Historia de la civilización de Francia,* llamaba al día de la muerte la confirmación del testamento.

Expresa Rogron que por la revocabilidad el testamento se diferencia de la donación. Aquél se hace por el testador solo; el legatario no concurre; de parte de uno y de otro no hay nada de obligación ni de contrato; el legatario puede rehusar el legado á la muerte del testador; éste, durante su vida, puede revocarle. La donación, por el contrario, es irrevocable. El testamento puede comprender bienes que no existan en poder del testador hasta después de la redacción de aquél, mientras que la donación, en general, no abarca los bienes futuros, cuya distinción proviene de que, no teniendo efecto el testamento hasta después de la muerte del testador, basta que los objetos legados existan en esta época en posesión de aquél.

No se presenta, sin embargo, en la Historia siempre reconocido el referido principio de la revocabilidad testamentaria. El publicista italiano Carlos Lessona, en su curiosa monografía *La revocabilitá del testamento nella sua evoluzione storica,* reconoce con mucho acierto que del estudio del Derecho, desde los tiempos históricos, resulta que la primera forma en que se dispuso por causa de muerte á título gratuíto, tenía los caracteres de irrevocabilidad; después, por influencia y predominio de otras ideas, surgió el testamento revocable, y, por fin, se mantuvo esta idea en todas las legislaciones de los pueblos cultos. El Derecho griego es de los primeros que muestran la institución testamentaria revocable, que también proclamó el Derecho romano clásico. Algunos viejos comentadores del mismo implantaron las famosas «*cláusulas derogatorias*» y el reconocimiento del juramento de irrevocabilidad, que tan contrarios son á los principios que, como innegables, venimos formulando. Las leyes bárbaras y las de los Estatutos, en algunas Naciones, implícitamente admiten la facultad de la revocación, y hasta el mismo Derecho musulmán hoy, proclama que el testador puede cambiar su testamento por cualquier motivo.

Entre los Códigos europeos llega hasta tal punto la certeza del reconocimiento de ese principio, que alguno, como el italiano, dispone en su art. 916 que «*No es posible en forma alguna renunciar á la libertad de revocar ó cambiar las disposiciones hechas por testamento, siendo ineficaz toda cláusula ó condición contraria*». En la jurisprudencia francesa se cita el caso de una mujer que se prohibió á sí misma la facultad de revocar su testamento, á pesar de lo cual hizo después otro; se reclamó en juicio contra éste y fué anulado; pero el Tribunal de Casación, considerando además el testamento acto unilateral, convalidó la revocación.

Y es no solamente revocable el testamento en su totalidad, sino en cualquiera parte de él, como v. gr., la institución de heredero, una mejora, legado, nombramiento de albaceas, etc., quedando subsistente todo lo demás. Nuestro art. 737 parece que alude con preferencia á las cláusulas testamentarias en particular.

La única y más importante excepción que al principio de la revocabilidad establecía el Derecho anterior ha desaparecido hoy de raíz por virtud del párrafo 2.º de nuestro art. 737. Las llamadas cláusulas derogatorias y *ad cautelam*—porque las hacía, al parecer, el testador en previsión de sucesos futuros—, están hoy abrogadas para los testamentos que se hayan otorgado después de haber comenzado á regir el Código civil.

Mucho se ha discutido y dicho respecto á esas cláusulas, considerándolas algunos autores como un preservativo, un medio de precaución, una garantía que se tomaba por anticipado el testador ante posibles asechanzas contra la integridad y autenticidad de su última disposición, reputándolas otros como una restricción, una traba, un compromiso que se imponían á sí mismos, muchas veces sin plena voluntad, los testadores, ante las exigencias quizá de algún heredero ambicioso favorecido en el primer testamento. Como en otros muchos problemas del Derecho, existen argumentos algún tanto respetables que explican la conveniencia de esas cláusulas, que en ocasiones podrían prestar beneficios inapreciables. Pero no estriba en esto el nudo de la dificultad, para admitir ó rechazar esas creaciones jurídicas, que cuentan por otra parte con precedentes dignos de respeto.

La misión del legislador en el presente, como en otros problemas delicados del Derecho, era observar de qué lado predo-

minaban las ventajas ó de cuál los inconvenientes. Y es indudable que, advirtiendo la corriente de las opiniones científicas más en boga y el precedente de las legislaciones modernas sobre el particular, y comprendiendo que por muy importantes servicios que en algún caso pudieran reportar las cláusulas derogatorias, envolvían mayores perjuicios y significaban transgresión grave de los caracteres esenciales del testamento, decidió terminar radicalmente con aquéllas, sin excusa ni atenuación de ningún género, según lo da claramente á entender el sentido imperativo y categórico con que está escrito todo el art. 737.

Con la variedad de formas de testar que el Código ha puesto hoy á disposición y al alcance de cualquiera persona, por urgente y grave que sea la situación de su vida en que pueda encontrarse, y los diversos medios garantizadores que las disposiciones notariales y las procesales proporcionan, quedan ya muy atenuados los servicios que en determinados casos pudieran prestar las cláusulas derogatorias y las *ad cautelam*.

En cambio, ¿cómo es posible que ningún testador por perspicaz que se considere, pueda prever la multitud de variadas circunstancias que, á contar del otorgamiento de su disposición testamentaria, es fácil se le presenten, tales como el nacimiento de otros parientes, el aumento ó disminución de su fortuna, incluso la modificación de la legislación testamentaria entonces vigente? ¿Con qué fundamento jurídico puede justificarse esa restricción que implica una cláusula derogatoria, y por virtud de la cual se expone el testador á no poder testar en condiciones de revocar íntegramente su anterior voluntad? Tales cláusulas, más bien, por tanto, constituyen una traba á la libre facultad de testar.

Respetamos las opiniones contrarias, pero consideramos más conformes con la índole de la institución testamentaria el carácter de espontaneidad, de libertad, hasta de interinidad, digámoslo así, que representa todo testamento hecho sin compromiso ni restricción alguna que pudiera imponerse el testador. A los ojos de cualquiera, seguramente, parecerá anómalo que una persona pueda decir en su primer testamento: «*esta es mi última y deliberada voluntad, que quiero sea irrevocable y que aseguro ha de ser la misma que me sobreviva.*»

Advertiráse que venimos hablando en las últimas considera-

ciones expuestas, de las cláusulas derogatorias. También el párrafo segundo del art. 737 las distingue de las *ad cautelam*, puesto que ordena se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras *y aquellas* en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras ó señales. De las primeras no diremos más que lo ya expuesto, creyendo que basta para condenarlas á los ojos de todo espíritu recto y celoso de la lógica jurídica.

Las cláusulas *ad cautelam*, aunque análogas, en la tendencia que persiguen, á las derogatorias, no atacan tanto como éstas el principio de la revocabilidad testamentaria, puesto que no significan traba ó restricción que en absoluto se imponga el testador en su testamento para no testar más, sino que precisamente prevén el caso de que se otorguen otro ú otros, en los cuales habrán de existir esas *ciertas palabras ó señales* á que se refiere el párrafo 2.° del precepto que comentamos. Tales cláusulas ya encuentran algunos más defensores de sus presuntas excelencias. Sin embargo, y á pesar del respeto que nos merecen las opiniones que el Sr. D. Luis Silvela expresó en el Senado español, al discutirse el presente Código, cuyo señor llamaba á dichas cláusulas *candados de letras*, y las expuestas por el Sr. López R. Gómez en su *Tratado teórico-legal del derecho de sucesión*, convencidos estamos de lo dignas de supresión que han sido las referidas cláusulas *ad cautelam*, las cuales tienen en contra suya los juicios de los tratadistas nacionales y extranjeros más esclarecidos. Aquéllas vienen á representar una nueva solemnidad externa testamentaria, no prevista en su lugar respectivo por el legislador, puesto que si el testamento posterior que se otorgue para revocar el anterior ha de ser un nuevo y distinto testamento, en él habrán de requerirse condiciones que en el primero no se hacían precisas, cuales son las relativas al empleo de esa especie de contraseñas, que ha de contener el posterior testamento para que anule al que le precedió.

Y si el legislador admitiera ese sistema, daría á entender que él mismo mostraba muy poca confianza en la manera cómo había organizado lo relativo á formas testamentarias, cuando todas las garantías que acusan la intervención de Notario, de testigos, de intérpretes y testigos de conocimiento, en algunos casos, de copia duplicada del testamento, etc., etc., quedaban postergadas

á la accesoria circunstancia de que el testamento emplease ciertas palabras y señales. El jurisconsulto francés Domat afirma que esas cláusulas producen más perjuicios que ventajas, siendo innumerables los litigios á que han dado lugar, con daño grave de la paz de las familias; y Goyena opina que constituyen una espada de dos filos, pudiendo ocasionar los mismos males que se trataban de prevenir.

Según opinión de Lessona, en la monografía anteriormente citada, unas y otras cláusulas son asimismo extrañas al Derecho romano, pudiendo sólo decirse que constituyen una creación de los comentadores, los cuales la hicieron prevalecer, ó porque la creyeron erróneamente conforme con dicho Derecho, ó porque la consideraron necesaria en los tiempos en que vivían.

Nuestro Tribunal Supremo, en multitud de sentencias, tales como las de 18 de Junio de 1866, 29 de Noviembre de 1876, 12 de Julio de 1879, 4 de Julio de 1881 y 30 de Octubre de 1888, ha venido concediendo un alcance extraordinario á las cláusulas *ad cautelam*, declarando que obstaban á la aplicación del principio general de revocabilidad de los testamentos, pues los que las contenían no podían entenderse alterados por otros posteriores que no hicieran expresión de ellas, sin que bastase que el testador declarara derogadas todas las anteriores disposiciones que había otorgado, *«aun cuando llevasen cláusula especial derogatoria»*. Según la sentencia de 26 de Marzo de 1861, no afecta á la esencia del testamento redactar en latín la cláusula derogatoria *ad cautelam*, ni por eso puede decirse que el documento deja de estar escrito en nuestro idioma. Por las sentencias de 7 de Enero de 1873, 13 de Junio y 30 de Octubre de 1877, se declaró que la ley de Partida establece la excepción de que valga el testamento en que prevenga un testador que subsista para siempre y que no quiere que valga otro que hubiese hecho antes ó después; pero esta excepción está limitada por el caso en que mudase su voluntad y dijera en el postrimero testamento señaladamente que revocaba ó que no hiciere daño, á aquel testamento que ahora hacía, las palabras que dijere en el primero.

No creemos exacta la afirmación del tratadista Sr. López R. Gómez, cuando dice que la supresión en el Código de las cláusulas derogatorias y *ad cautelam* se ha hecho contra lo dispuesto en la base 15 de las que sirvieron para redactar aquél. Dicha

base claramente dispuso que el tratado de las sucesiones se ajustaría, en sus principios capitales, á los acuerdos que la Comisión general de Codificación reunida en pleno, con asistencia de los Vocales correspondientes y de los Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en Noviembre de 1882, *y con arreglo á ellos* se mantendría en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos en general, su forma y solemnidades... y la revocación é ineficacia de las disposiciones testamentarias. Es decir, que la legislación vigente se había de respetar, sobre esos particulares, en cuanto fuese compatible con el criterio sustentado por la citada Comisión codificadora. Y en efecto, el proyecto de Código de 1882, siguiendo las huellas del de 1851, abolió, en su art. 915, toda clase de cláusulas derogatorias, absolutas ó condicionales, como las *ad cautelam*. Si se diera tal interpretación á la referida *base 15*, no tendrían razón de ser varias radicalísimas innovaciones introducidas por el Código en toda la materia de sucesiones y que no aparecen concretamente señaladas en dicha base.

***

En Aragón prevalece el principio de que el testador puede variar su voluntad hasta la muerte, aunque algunos autores, como Molina, creen que debe guardarse el juramento de no revocar la última voluntad. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Junio de 1865 declaró que, aunque el testador diga en su primer testamento que valga, siempre puede revocarlo, cuando en otro posterior afirme que no estorben aquellas palabras para su validez; debiendo suponerse válido, por regla general, el testamento que contiene cláusulas derogatorias ó *ad cautelam*.

El Derecho catalán también respeta esas cláusulas: Según la sentencia de 20 de Enero de 1887, el testamento que las contiene prevalece sobre el posterior si en éste no lo revoca señaladamente el testador, afirmando que no obsten para ello las palabras estampadas en el primero, aunque no se transcriban literalmente en el segundo; á cuyo precepto se ajusta la jurisprudencia establecida. La sentencia de 3 de Febrero de 1882 declara la irrevocabilidad de la institución de heredero hecha en documento público y solemne por la persona á quien el testador dió

ese encargo, porque se dice que el principio según el cual la voluntad del hombre es variable hasta la muerte, sólo tiene aplicación á los casos en que se testa en nombre propio, y tratándose de cumplir el encargo que hace el testador, una vez nombrado heredero solemnemente, la última voluntad de aquél se completa con este acto y reviste carácter irrevocable.

También Navarra admite las cláusulas *ad cautelam.*

***

En cuanto al problema de Derecho transitorio que encierra la segunda de las disposiciones finales del Código con relación á las expresadas cláusulas, nosotros no abrigamos las dudas y perplejidades que á algunos autores asaltan. Es innegable que deben respetarse las cláusulas á que alude el párrafo segundo del artículo 737 cuando estén contenidas en testamentos otorgados con anterioridad á 1.º de Mayo de 1889; los posteriores á esa fecha que se refieran á aquéllas han de dictarse necesariamente en algunas de las formas testamentarias impuestas por el Código, pero empleando las palabras ó señales indicadas en la cláusula *ad cautelam;* lo cual se comprende porque ésta no tiene razón de ser, contrayéndola exclusivamente al testamento en que está escrita, sino refiriéndola á los demás que después pueda otorgar el mismo testador. La indicación de que las formas testamentarias, en el supuesto sobre que discurrimos, han de ser las que el Código hoy regula, parecía innecesaria, porque la especialidad rige exclusivamente en dicho caso para las referidas cláusulas, no para los demás extremos del testamento; y cuando éste se otorga con posterioridad á la mencionada fecha, es ya acto realizado bajo el régimen de la nueva legislación civil, que sería absurdo someter á la precedente.

El apartado segundo de nuestro art. 737 comprende todas las especies de cláusulas derogatorias y *ad cautelam* que estaban admitidas por la legislación y jurisprudencia anteriores al Código.

ART. 738. El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar.

Concordancias.—Es copia del art. 718 del proyecto de Código de 1851 y del 916 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. I, ley 23.*—Acabadamente auiendo algun ome fecho su testamento, si despues desso, queriendolo reuocar, començasse á fazer otro e non lo acabasse por algun embargo quel auiniesse, o por otra razon, non se embargaria por ende el testamento primero. Ca derecho es, quel testamento que es fecho acabadamente ante siete testigos, que non se desate por otro, que non fuesse cumplido. Pero si alguno ouiesse fecho testamento acabado, en que dexasse a otro por su heredero, que non fuesse su fijo, nin de los que descendiessen del, e despues dixesse ante cinco testigos: Quiero que fulano, que era escrito en el testamento por mio heredero, que lo non sea, porque non lo meresce, porque me fue desconosciente, e erro contra mi: ca por tal razon, o por otra semejante della, que despues el testador ansi dixesse, pierde el heredero la herencia del finado: e deue ser del Rey, pues que el testador non quiso que la ouiesse aquel que establescio por heredero, por el yerro que auia fecho, e non dexo en su testamento otro heredero, que heredasse lo suyo. Mas si otro ouiesse dexado por heredero en su testamento en lugar de aquel deuelo esse auer e el Rey non ha y ninguna demanda.

Ley 21 de los mismos título y Partida.—El primero testamento se puede desatar por otro que fuesse fecho despues cumplidamente: fueras ende quando alguno ouiesse fecho su heredero a otro en el primero testamento, si despues oyendo nueuas que aquel auia establescido por heredero era finado, e non lo fuesse, E el, creyendo que era assi, fiziesse despues otro testamento en que dixesse: Pues que yo non puedo auer a fulan mio heredero, que es muerto, segun que me es dicho, fago a otro fulan mio heredero: si despues fuesse fallado que el primero heredero era biuo, tal testamento como este postrimero non deroga al primero. E el heredero que era fecho en el primero testamento, deue auer la heredad segund que fué escrito en el. E el otro que fue escrito en el segundo, non deue auer nada: pues que non era verdadera la razon, porque el testador se mouio á fazerlo heredero. Empero las mandas que fizo en el primero e en el segundo testamento por Dios, o a sus parientes o a sus amigos, deuen valer.

Ley 22 de los mismos título y Partida.—Razones señaladas ya, porque maguer el testamento postrimero sea fecho acabadamente, non se desataria por ende el otro que ante fue fecho. E la primera es cuando el padre fiziesse el testamento en que establesciesse por herederos los fijos que descendiessen del: ca si despues fiziesse otro testamento e non fiziesse mencion del otro primero, non se desataria por ende el que ante ouiesse fecho assi como de suso diximos.....

ART. 739. El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo ó en parte.

Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.

Concordancias.—Copiado casi literalmente de los artículos 719 y 720 del proyecto de Código de 1851 y del 917 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, libro III, tít. V, ley 2.ª*—Si alguno despues que fiziere su manda, quier seyendo sano, quier enfermo, e despues ficiere manda en qual tiempo, quier que sea de aquellas cosas de que primeramente habia mandadas, la postrimera manda vala. Otrosi, aquellas cosas que primero habie mandadas, o algunas dellas que diere, o enajenare, la manda que ante habie fecha de aquellas cosas, no vala: maguera que nombrada, mientra non lo desfizo; ca tanto vale que lo desfaga por fecho, como por palabra; e si aquello que habie mandado o alguna cosa dello no lo ajenare o no lo mandare por palabra, ni lo mandare a otri en manda que despues faga, vala aquello que habie mandado.

Partida 6.ª, tít. I, ley 21, antes transcrita.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 738 Y 739.—El art. 738 hállase virtualmente comprendido en el 739, pudiendo, por tanto, sin inconveniente alguno, escusársele.

Lo mismo da decir que el testamento no puede ser revocado, en todo ni en parte, sino con las solemnidades necesarias para testar, que sostener que el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior *perfecto,* como comienza expresando dicho art. 739. Lo que se hace en éste es añadir algunas aclaraciones de utilidad que habrán de tenerse en cuenta para explicar, en ciertos casos, cómo y cuándo ha de entenderse hecha la revocación.

Ante todo, los requisitos imprescindibles con que ha de llevarse á cabo dicho acto se enuncian en un solo concepto. El testamento que revoque al anterior ha de ser tan testamento como éste, puesto que la *revocatio* es una verdadera disposición testamentaria, aunque no envuelva más que la cláusula ó la mera manifestación de dejar sin efecto lo anteriormente dispuesto. Y ya sabemos que, suprimidos en nuestro Código los codicilos, cualquier dicho de última voluntad, cualquier expresión que haya de surtir efectos hereditarios, después del fallecimiento de la persona que la haga, ha de ir acompañada de las solemnidades exteriores para cada caso requeridas, ha de vaciarse en una de las formas reguladas por el legislador.

Ya lo ordenaba con gran claridad el § 2.°, *título XVII, libro II* de las *Instituciones* del Emperador Justiniano: el testamento se rompe también por un testamento posterior *válidamente hecho;* y los Emperadores Severo y Antonino Augustos, decían á Cocceyo Campano: No hay duda alguna en que un testamento posterior, aunque sólo haya instituido un heredero para objetos determinados, debe valer como si estos objetos no hubieren sido mencionados. La legislación de Partida refiérese asimismo á testamentos posteriores hechos «*cumplidamente*», «*acabadamente*».

Aprobamos sin reserva alguna la redacción que se ha dado al art. 738 con el fin de evitar toda duda sobre el particular de que se trata. Encontramos, por lo mismo, injustificados los recelos é incertidumbres que, respecto á él, formulan y examinan algunos jurisconsultos, como el Sr. Falcón. Si ese precepto terminantemente prescribe que para revocar un testamento anterior se precisa observar todas las solemnidades exigidas para testar,

huelga preguntar si un testamento ológrafo podrá derogar otro cerrado, ó uno especial ó excepcional dejar sin efecto otro otorgado con todos los mayores requisitos que el Derecho prescribe. Nuestro artículo ni siquiera ha copiado lo que otros de determinados Códigos extranjeros dicen con el mismo objeto; ha adoptado una forma de redacción amplia y comprensiva, que aleja todo motivo de vacilación en casos particulares, y no ha tratado tampoco de distinguir la clase de testamentos que pueden contener cláusulas de revocación ó dar á conocer ésta de un modo tácito. Se ha ceñido á consignar la idea de «*solemnidades necesarias para testar*», de manera análoga á lo que dispone el art. 1.685 del Código de la Luisiana, cuando indica que el acto por el que se revoca una disposición testamentaria debe ser hecho en una de las formas prescritas para los testamentos y revestido de las mismas formalidades.

Es decir, lo que se requiere es *testar*, sobreentendiéndose que debidamente; y ya sabemos que en la misma forma solemne y eficaz testa un moribundo ante cinco testigos, sin Notario, que el que emplea la forma del testamento cerrado con todas sus minuciosas solemnidades.

Además, si otra doctrina prevaleciera, llegaría á hacerse ilusorio, en muchos casos, el principio de la revocabilidad testamentaria, dificultándola á los que no se encontraran en las mismas condiciones que tenían cuando ordenaron el anterior testamento; por ejemplo, el que hubiese testado ante Notario y cinco testigos perfectamente idóneos no podría revocar su testamento cuando se encontrara en los peligros de una enfermedad ó rodeado de epidemia, sin poder encontrar funcionario notarial que autorizara la última voluntad revocatoria de la anterior. Ya lo decía un fragmento del jurisconsulto romano Ulpiano, inserto en el *Digesto (libro XXVIII, tít. III, ley 2.ª)*: el testamento militar aunque dispensado de todas las formalidades, es regular y puede romper un testamento anterior.

Discútase cuanto se quiera en el terreno del Derecho constituyente la doctrina de si un testamento menos solemne es justo que derogue otro hecho con toda clase de solemnidades. Lo cierto es que dentro de nuestro Código esa discusión huelga, como huelga la pregunta de si un testamento nulo revocará el anterior hecho en condiciones de validez ó viceversa. No así son

superfluas las cuestiones que propone Rogron con relación al artículo 1.035 del Código francés, porque en éste ya se expresa que los testamentos no podrán ser revocados en todo ó en parte, más que por un testamento posterior, *ó por un acto ante Notario,* comprensivo de la declaración del cambio de voluntad.

Ya decía el § 7.°, *tít. XVII, lib. II de las Instituciones Justiniáneas,* que la sola voluntad del testador no basta para invalidar una disposición testamentaria, de tal modo que si alguno, después de haber hecho su primer testamento, ha principiado otro segundo que no ha llegado á acabar, ya porque la muerte le ha sorprendido, ya por haber abandonado este proyecto, se ha decidido en una exposición de ley del divino Pertinaz que el primer testamento hecho regularmente no se hiciese inútil, á menos que el segundo no sea igualmente regular y perfecto, y porque un testamento no acabado es sin disputa nulo.

El principio de que el testamento no puede revocarse más que por medio de otro válido, lo encontramos también muy repetido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Código. Las sentencias de 1.° de Febrero de 1861, 5 de Marzo y 18 de Junio de 1866, entre otras muchas, exponen que por la declaración de un testador hecha en un documento con los mismos requisitos que exige la ley para la validez de las últimas voluntades, expresando su voluntad de revocar y anular un testamento anterior, queda éste desatado; el testamento posterior válidamente hecho deja sin valor ni efecto el anterior con arreglo á las leyes, sin que sea necesario para ello declaración de los Tribunales.

Consideramos aplicable á nuestro país la doctrina del Código de la República Argentina (art. 3.825), conforme con el de Nueva York (§ 554), al prescribir que la revocación de un testamento hecho fuera de la República, por persona que no tiene su domicilio en el Estado, es válida cuando ha sido ejecutada según la ley del lugar en que el testamento fué hecho, ó según la ley del lugar en que el testador tenía en ese tiempo su domicilio, y si es hecho en la República, cuando es ejecutada según las disposiciones del primero de dichos Códigos. En efecto: la materia de revocación testamentaria afecta á la solemnidad de las voluntades últimas, y, por tanto, debe regirse por los principios del estatuto formal.

***

Según se desprende del articulado de la presente *Sección* en que nos encontramos, hay modos expresos y tácitos ó presuntos de revocar un testamento anterior. El art. 739 parece referirse á los expresos, si bien el otorgamiento posterior, sin ninguna declaración concreta respecto al referido particular, envuelve simplemente el hecho de la *revocatio*. La forma verdaderamente expresa es la de manifestar el testador que su voluntad deliberada es la de dejar sin efecto su anterior testamento, ya en todas sus cláusulas, ya en las determinadas que cite.

Las dos declaraciones restantes contenidas en el art. 739 las consideramos, como vulgarmente se dice, de *calamo currente*, y, por tanto, merecen bien breve explicación. Si el testador manifiesta en el testamento posterior que quiere valga en todas sus partes el anteriormente otorgado, es evidente que el objeto del primero no era obtener una revocación, sino ampliar, aclarar, ordenar quizá lo que ya se tenía dispuesto: Y como la voluntad testamentaria puede darse á conocer cuantas veces se quiera y en la forma que á su autor más le convenga, ambos testamentos referidos serán completamente compatibles y dignos del mismo respeto y eficacia. Si, á pesar del mencionado dicho del testador, resultase contradicción entre ambos testamentos, como las reglas de interpretación, en caso de duda, aconsejan que se observe lo más conforme á la intención del testador, y como éste no puede en modo alguno destruir el principio de revocabilidad de las últimas voluntades, prevalecerá siempre el hecho de la realidad, ó sea la verdadera revocación que resulte del testamento postrero con respecto á lo declarado en el anterior.

Asimismo, si el testador convalida en un testamento el que había anulado anteriormente, obra dentro de sus atribuciones y de las facultades que le conceden, tanto el Derecho natural como el positivo. La voluntad del que testa prevalece siempre; y, sin otras restricciones que las que son de esencia de la institución testamentaria, puede estatuir lo que tenga á bien, sin pararse, como vemos, ante la consideración de que un testamento revocado parece que no debe volver á surtir ningún efecto. A tanto llegan los límites y prerrogativas de la voluntad en orden á la testamentifacción: á resucitar ese cadáver producido por el mismo testador.

Con arreglo á lo anteriormente expuesto, no creemos que

haya inconveniente en aplicar al Derecho español la prescripción del Código francés (art. 1.036), según la cual, los testamentos posteriores, que no revoquen de una manera expresa los precedentes, no anularán en éstos más que aquellas disposiciones que fuesen incompatibles con las nuevas, ó que sean contrarias entre sí. La voluntad del testador, regla primordial en materia testamentaria, no indica en tal caso la incompatibilidad de esas dos últimas voluntades, sino, por el contrario, proporciona medios para creer que pueden conciliarse perfectamente. Rogron pone el ejemplo de incompatibilidad de dos testamentos hechos en diversos tiempos, en que el uno implica la derogación, parcial al menos, del otro, legando el testador á Pedro una casa que antes había legado á Pablo.

La jurisprudencia francesa tiene declarado que cuando un testador nombra un ejecutor testamentario y le lega cierta cosa, no queda por ello revocada la institución universal que antes había hecho en favor de la misma persona, porque es permitido nombrar por albacea al legatario universal, y la liberalidad que va aneja á este mismo título puede no añadir nada á la utilidad del legado, lo que depende del estado de fortuna en que se encuentre el testador el día de su muerte; y en todo caso, dicho nuevo título, que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de las últimas voluntades, no comprende en sí mismo la idea de la revocación. Por esto se resuelve en otros fallos que la cuestión de saber si las disposiciones son incompatibles es una cuestión de intención y de hecho que pertenece á los Tribunales resolverla soberanamente y que desde entonces no puede estar sometida á la Corte de Casación.

El Código portugués (párrafo 2.º del art. 1.756) dispone que si apareciesen dos testamentos de la misma fecha, sin que pueda señalarse cuál sea posterior, y estuviesen en contradicción, se tendrán en ambos por no escritas las disposiciones contradictorias.

Es indudable que si un testamento anterior perfecto es revocado por otro posterior privilegiado, como el otorgado en tiempo de peste, de peligro de muerte ó alguno de los militares ó marítimos, y se deja pasar el tiempo concedido á los últimos, bien para ser formalizados judicial ó extrajudicialmente, bien no muriendo el testador, para ser confirmados con arreglo á las solem-

nidades ordinarias, tal revocación queda sin efecto y revive el primer testamento, porque el revocatorio hase convertido en nulo, caducando desde que se dejó transcurrir el referido plazo.

En las legislaciones forales citadas en el anterior comentario rigen los mismos principios que venimos explicando. En el Derecho aragonés, además, según algunas decisiones y pareceres de autores, se presume que el testador, gravemente enfermo, no ha querido revocar el testamento hecho en su sano juicio; tampoco se presume espontánea, esto es, nacida de la voluntad del testador, la disposición opuesta á otra otorgada poco antes; el primer testamento hecho en estado de sano juicio prevalece sobre el segundo hecho en intervalos lúcidos.

Del silencio observado por el legislador en los artículos que comentamos se deduce que tampoco tienen ya razón de ser las varias excepciones que los autores y la legislación precedente oponían al principio de que el testamento posterior deroga al anterior. En primer lugar, habiendo error en la designación del heredero, como suponía el Código de las Partidas, ó en la circunstancias de si ha muerto, para fundar en ella la revocación, no por eso dejará esta última de extender su efecto á lo restante dispuesto por el testador con anterioridad. Lo que podrá producir dicha circunstancia de error, es la subsistencia ó nulidad de la institución de heredero primeramente hecha á los efectos del artículo 773, pero no la del testamento posterior.

Tampoco puede considerarse obstáculo á la revocación el que en el primer testamento haya nombrado el testador herederos á sus hijos, y en los posteriores testamentos para nada los mencione. Si ambas disposiciones fueran compatibles, interpretando rectamente sus cláusulas y haciendo prevalecer siempre la intención de dicho testador, unas y otras se respetarán; en otro caso, subsistirá lo último dispuesto en lo que fuere posible y legalmente realizable, y en lo demás se abrirá la sucesión *ab-intestato*. Téngase siempre presente que, según el art. 764 del Código, el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, ó ésta no comprenda la totalidad de los bienes, aunque el nombrado no acepte herencia ó sea incapaz de heredar: En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo á las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos.

No encaja tampoco dentro de nuestro Derecho civil la doctrina establecida por el art. 3.826 del Código de la República Argentina, según el cual, todo testamento hecho por persona que no esté actualmente casada, queda revocado desde que contraiga matrimonio. Terminantemente estatuye el art. 814 de nuestro Código que la preterición de alguno ó de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, ó sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas; la preterición del viudo ó viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 del Código. Diremos, pues, con el art. 3.669 del de Méjico, que el testamento no pierde su fuerza por el cambio de estado del testador, ni por la superveniencia de hijos, quienes, en este caso, podrán ejercer los derechos que respecto de la legítima les correspondan.

De modo que el testamento perfecto, acabado, válido, que se precisa para revocar otro anterior, ha de serlo en cuanto á las solemnidades externas que afecten á todo él, sin que importe que contenga cláusulas ó disposiciones especiales, nulas ó ineficaces.

Según una Resolución de la Dirección general de los Registros de 26 de Marzo de 1889, los registradores no pueden denegar la inscripción de un testamento por no habérseles presentado otro posterior del cual resulte la subsistencia ó revocación del primero, á tenor de los artículos 18 y 23 de la ley Hipotecaria y del Real decreto de 14 de Noviembre de 1885, porque el registrador de la propiedad debe calificar los documentos por lo que de ellos resultare, sin que le sea lícito exigir la exhibición de todos los testamentos otorgados por el causante, porque á los interesados en un testamento válido es á quienes incumbe deducir su derecho ante Juez competente, si se tratara de hacer prevalecer otra voluntad otorgada por la misma persona y ya derogada.

Art. 740. La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero ó de los legatarios en él nombrados, ó por renuncia de aquél ó de éstos.

Concordancias.—Igual al art. 718 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los de los artículos anteriores.*

ART. 741. El reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo.

Concordancias.—Igual en su primera parte al art. 919 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 740 Y 741.—Con las últimas observaciones apuntadas al final del comentario anterior tendríamos lo suficiente para explicar la disposición del art. 740, justificado además por su mismo contexto.

De cualquier manera que conste, podríamos decir, parodiando el principio esencial en la prueba de obligaciones, el cambio en la voluntad del testador debe respetarse y cumplirse: Y mientras el instrumento de que aparezca esa modificación no envuelva vicio de nulidad que le afecte íntegramente, basta para conseguir tal revocación.

Lo que nos sorprende es el *lapsus* cometido por el legislador al redactar dicho art. 740, cuando supone que un testamento puede caducar por la incapacidad del heredero ó de los legatarios en él nombrados, ó aun por renuncia de aquél ó de éstos. Tenemos repetido con exceso que la no existencia de institución de heredero, ó su ineficacia y anulación posterior, como la de los distintos legados que haya dispuesto el testador, producirán á lo sumo la nulidad de aquélla ó de éstos, pero nada más; lo restante del testamento se cumplirá, siendo posible, aplicándose cuando corresponda las reglas de la sucesión intestada. De otro modo, ¿cómo conciliar los artículos 740 y 764 del presente Código? La intención del legislador, en el primero de dichos artículos, debe presumirse que fué la de que el testamento posterior derogase el

precedente, aunque en aquél hubiese caducado ó héchose nula la institución de heredero, ó ineficaces, por cualquier motivo, el legado ó legados dispuestos por el testador.

Por lo demás, la explicación de nuestro art. 740 pocas ampliaciones permite. Los casos que cita más bien son demostrativos, porque la tendencia evidente del legislador en dicho precepto es la de que prevalezca la revocación decretada en el último testamento, aunque en él resulten insubsistentes alguna de las cláusulas testamentarias ó disposiciones especiales acordadas por el testador, sea cualquiera el motivo que haya producido dicha insubsistencia. El art. 766 estatuye que el heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia á la herencia no transmiten ningún derecho á sus herederos, á no ser tratándose de los incapaces, cuando éstos dejaren hijos ó descendientes, en cuyo caso ellos adquirirán derecho á la legítima, y lo mismo con respecto á los hijos del desheredado, que ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto á la legítima. Y el art. 888 dispone que cuando el legatario no pueda ó no quiera admitir el legado, ó éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer. De suerte que por estas reglas ó por las de la sucesión *ab-intestato*, se distribuirá la herencia transmitida por virtud de esas cláusulas ineficaces.

En Aragón, la revocación prevalece aunque el primer testamento contenga institución de heredero y no la contenga el posterior, y aunque el heredero nombrado en éste no ada la herencia ó la repudie, ó muera antes que el testador. Así opinan muy esclarecidos tratadistas y comentaristas de ese Derecho foral.

En Navarra, si el testador, creyendo que había muerto el heredero instituído en el primer testamento, lo consignase así en el segundo al hacer la nueva institución, resultando que vive el primeramente instituído, prevalece dicha primera voluntad.

Rogron parece opinar, con la jurisprudencia francesa, que la revocación debe producir su efecto aunque el testamento que la contenga sea anulado por comprender una sustitución prohibida por las leyes. Entre nosotros no puede dudarse que es perfectamente jurídica esa doctrina.

***

Establece el art. 741 un efecto negativo de la revocación, de interés y transcendencia extraordinarios, y sin precedentes en nuestra legislación antigua. El proyecto de 1882 lo aceptó tal como venía consignado en el art. 3.667 del Código de Méjico.

Como dice el Sr. Navarro Amandi *(Cuestionario del Código civil reformado)*, el reconocimiento de un hijo no es expresión de la voluntad del que lo otorgó, sino confesión ó manifestación de un *hecho;* una vez probado éste, por declaración del padre, la voluntad es impotente para que lo que ha sido deje de ser; de suerte que la revocación del testamento, aunque se haga de un modo especial, no puede afectar al hecho ni á las consecuencias jurídicas del mismo, debidamente probado.

El legislador ha mirado con benevolencia y favorecido, dentro de límites de justicia, problema tan delicado como es el de la filiación ilegítima, y no ha hecho mal, con ese motivo, en señalar una excepción, una cortapisa al principio de la revocabilidad testamentaria.

En el artículo que comentamos no nos parece, como algunos comentaristas creen, que esté indebidamente empleada la frase *hijo ilegítimo*. La que juzgamos más impropia es la palabra *reconocimiento*. Ya sabemos que los hijos pueden ser legítimos ó ilegítimos, tomando esta última idea en su acepción lata, es decir, considerando ilegítimos á todos los que no hayan sido procreados por virtud de justas nupcias, y refiriéndonos tanto á los naturales como á los adulterinos, incestuosos y sacrílegos. La ilegitimidad también puede aplicarse, como en efecto se aplica, á los ilegítimos que no son naturales. De suerte que, en tal sentido, puede establecerse una división y una subdivisión, distinguiendo primeramente entre hijos legítimos é ilegítimos, y subdividiendo éstos en naturales é ilegítimos propiamente dichos.

Sólo los hijos naturales, ó sea los nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa ó con ella (art. 119 del Código) pueden ser reconocidos para los efectos de llevar el apellido de quien le reconoce, recibir alimentos del mismo y percibir la porción hereditaria correspondiente.

Pero la calidad de hijo ilegítimo, en el sentido restringido de esta palabra, es decir, la de todo el que no sea legítimo ó natural, también necesita acreditarse y reconocerse, porque tales hijos,

según el art. 139, tienen derecho á exigir de sus padres alimentos, ó sea los auxilios necesarios para la subsistencia, y además la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio, con arreglo al art. 143, en su penúltimo párrafo. Y la condición de esa ilegitimidad puede perfectamente declararse en un testamento, porque dispone el art. 140, núm. 2.°, que el derecho á los referidos alimentos podrá ejercitarse, entre otros casos, si la paternidad ó maternidad resulta de un documento indubitado del padre ó de la madre, en que expresamente reconozca la filiación. Y no hay duda alguna de que un testamento debe considerarse documento indubitado.

De suerte que el reconocimiento de un hijo ilegítimo, á que se refiere nuestro art. 741, debe abrazar, tanto el de un hijo natural, á los efectos de los artículos 131 y 134 del Código, como el de cualquier otro hijo ilegítimo, para las consecuencias legales que se deriven del simple hecho de la ilegitimidad. La equivocada apreciación de algunos tratadistas, parte en nuestro concepto de que la palabra *«reconocimiento»*, que emplea el art. 741, la toman en sentido muy restringido y literal creyendo que no hay más reconocimiento que el de hijos naturales, regulado por el artículo 129 del Código.

Ese reconocimiento, no por constar en un testamento, ha de ser siempre acatado y eficaz; puede haberse hecho por error, y en ese caso, como disposición testamentaria y aun como declaración fundada en datos no verídicos, habrá de quedar sin valor alguno. Podría también el reconocimiento no ajustarse, tratándose de un hijo natural, al requisito ineludible que determina el párrafo 2.° del art. 119, pero entonces ya indica el 138 que puede anularse, siempre que lo impugnen ejercitando las correspondientes acciones aquellos á quienes perjudique. Pero en esos supuestos, ya no será la revocación del testamento la que deje sin efecto el reconocimiento, sino las expresadas circunstancias, que *ipso iure* determinan la nulidad de un acto que no pudo tener nunca vida legal.

Nuestro referido art. 741 ha suprimido un inciso, que existe tanto en el art. 919 del proyecto de 1882, como en el 3.667 del Código de Méjico, los cuales prescriben que el reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo, *«siempre que éste haya sido abierto y otorgado ante Notario»*. Tal limitación, que además no está fun-

dada en principios de lógica jurídica, ha tenido que desaparecer en el Código, para que no resultasen en contradicción el citado artículo 741, si se hubiere redactado en esa forma, el 131, que no distingue la clase de testamento en que puede hacerse el reconocimiento de un hijo natural, y el párrafo segundo del 140 respecto á los demás hijos ilegítimos. Se trata de una manifestación del padre ó madre, que por sí sola produce efectos transcendentales respecto á ellos y á los hijos, y es natural que tenga los mismos caracteres de solemnidad, hecha en un testamento abierto, que en un ológrafo cerrado ó excepcional.

Si el reconocimiento se hace en un testamento en que intervenga Notario, éste ha de ponerlo, después de la muerte del testador, en conocimiento del Juez municipal en cuyo registro se halle inscrito el nacimiento del interesado, ó de la Dirección general, en su caso, para que hagan la correspondiente anotación marginal, remitiéndoles testimonio en relación del testamento (artículo 61 de la ley del Registro civil de 17 de Junio de 1870). Dicha Autoridad acusará de ese testimonio inmediatamente el oportuno recibo, bajo multa, tanto al Notario como al Juez municipal, si no cumplen con esas obligaciones, de 10 á 100 pesetas.

Estamos de acuerdo con la opinión del Sr. López R. Gómez en su obra ya varias veces citada, al señalar otra excepción á la validez del reconocimiento de un hijo natural hecha en un testamento, aun tratándose de una simple manifestación del padre ó madre respectivos. Si dicho testamento llegara á declararse nulo en su totalidad, el reconocimiento asimismo se anularía, porque el art. 131 exige que aquél se haga, entre otros casos, en un testamento, y no puede merecer los honores de éste el documento cuya ineficacia total se declarase.

No opinamos del propio modo tratándose del reconocimiento de los demás hijos ilegítimos, porque el art. 141 habla de documento indubitado, y el testamento, en algunos casos, aun anulado por determinados motivos que no afectan á la identidad de la firma ó suscripción del testador, ni á la espontaneidad y sinceridad de sus declaraciones testamentarias, puede conservar los caracteres de un documento indubitado para los efectos de un acto cuya validez se funda sobre el simple dicho del que ha de hacer el reconocimiento. Por muy análogos principios, el art. 715 declara que, anulado un testamento cerrado, será válido, sin

embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento.

ART. 742. Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas ó los sellos quebrantados, ó borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que lo autoricen.

Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador, ó hallándose éste en estado de demencia; pero si aparecieren rota la cubierta ó quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez.

Si el testamento se encontrare en poder de otra persona, se entenderá que el vicio procede de ella y no será aquél válido como no se pruebe su autenticidad, si estuvieren rota la cubierta ó quebrantados los sellos; y si una y otros se hallaren íntegros, pero con las firmas borradas, raspadas ó enmendadas, será válido el testamento, como no se justifique haber sido entregado el pliego en esta forma por el mismo testador.

Concordancias.—Análogo al art. 920 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tít. I, ley 24.*—Quebrantando á sabiendas el fazedor del testamento alguno de los sellos de la carta, en que ante ouiesse fecho su testamento en escrito, o tajando algunas de las cuerdas, o rayando las señales que ouiesse fecho en la carta el Escriuano público, o rompiendolas, desatasse el testamento por ello. Pero si fuesse prouado que alguna destas cosas sobredichas aniuiessen en la carta del

testamento por ocassion, e que non fuesse fecho a sabiendas, non se embargaria el testamento porende.

COMENTARIO.—Aparece á todas luces innegable que el hecho de destruir el testador el pliego testamentario manifiesta á las claras el propósito de aquél de revocar ó de dejar sin efecto su última voluntad. Así lo hubo de entender ya la legislación romana, disponiendo la *Constitución 30, lib. VI, tít. XXIII del Codex* que el testamento se rompía también por la inutilización material del instrumento en que estaba contenido, aunque de este modo quedaba sólo sin efecto la parte del testamento que se inutilizase ó borrase.

Pero no es precisamente de eso de lo que trata el artículo transcrito 742; el cual más bien se refiere al caso de quebrantamiento, inutilización ó ruptura del testamento secreto ó del raspado, enmienda y destrucción de las firmas que lo autoricen, cuando á primera vista nò se pueda averiguar quién ó quiénes llevaron á cabo tales actos.

Por eso lo que en tal precepto se establece es una presunción de las llamadas en el Derecho *iuris tantum,* ó sea de aquellas introducidas por la ley, que, según el art. 1.251 del Código, pueden destruirse por la prueba en contrario.

Es decir: el hecho de que aparezca en el domicilio del testador el testamento con la cubierta rota ó los sellos quebrantados, ó borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que la autoricen, no arguye siempre la revocación de dicha última voluntad; este extremo se presume simplemente, porque sobre ese hecho material puede prevalecer la justificación de que tales desperfectos se cometieron sin propósito ni conocimiento del testador; y como la voluntad de éste es la que siempre ha de predominar, el testamento será perfectamente válido, siempre, como es natural, que la destrucción, la rotura, la modificación de la escritura que lo expresa, permitan conocer el contexto de las distintas cláusulas testamentarias.

También será inválida la revocación cuando el testador se hallare en estado de demencia, porque aunque fuera autor de los desperfectos, como á la sazón carecía de capacidad para testar, no podría ejecutarlos con eficacia para lograr la revocación del testamento.

Esta idea, además, nos indica que no siempre para modificar la voluntad testamentaria necesita valerse el testador de otro testamento perfecto, no siendo, pues, absoluto el principio desarrollado en los artículos 738 y 739 anteriormente examinados, según los cuales, el testamento no puede ser revocado en todo ni en parte, sino con las solemnidades necesarias para testar ó por medio de otro testamento perfecto; porque el testador que rompe su testamento cerrado y aun el ológrafo, es indudable que lo revoca por completo: Por esto decían las sentencias del Tribunal Supremo de 1.º de Febrero y 18 de Noviembre de 1861 que la disposición de la *ley 24, tít. IV, Partida 6.ª* facilita al testador el medio de dejar sin efecto en cualquier tiempo y sin formalidad alguna cuanto hubiere ordenado, si varía de voluntad. Además, para que pueda admitirse como eficaz y legal el hecho de la revocación tácita que regula el art. 742, refiriéndolo al caso en que sea el mismo testador quien rompa ó quebrante el pliego del testamento cerrado, ó borre, raspe ó enmiende sus firmas, es preciso que dicho testador goce entonces de la testamentifacción activa; porque ejecuta un verdadero acto de última voluntad, al dejar sin efecto la que anteriormente había expresado.

Si, pues, no se prueba que los actos que menciona el primer apartado del artículo que comentamos son debidos al mismo testador, el testamento prevalece en todo lo que sea posible cumplir sus disposiciones. Ya declaraba la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Septiembre de 1865 que si bien el testamento cerrado queda nulo de derecho, según la *ley 24, tít. IV, Partida 6.ª*, cuando el testador rompe ó inutiliza intencionalmente su cubierta ó borra la firma ó signo del Escribano que le autoriza, esta ley no tiene aplicación alguna cuando el testamento cuya validez se cuestiona aparece cerrado y no consta que las alteraciones que se notaron en su cubierta fueron hechas por mano del testador, ni aun en tal hipótesis, con ánimo de inutilizarlo; y cuando, por otra parte, concurriendo en él las solemnidades que otras leyes establecen para su otorgamiento y no dudándose de su identidad, no se ha alegado contra el mismo su falsedad ó suplantación. Por esto, con perfecta exactitud y en completo acuerdo con lo que acabamos de exponer, prescribe el art. 3.834 del Código de la República Argentina que las alteraciones que un testamento puede haber sufrido por un simple accidente, ó por el hecho de un ter-

cero sin orden del testador, no influyen en el contenido del acto, si pueden conocerse exactamente las disposiciones que contenga.

Hallándose el testamento en el domicilio del testador, la primera presunción, la verdad legal provisional, es la de que dicho testamento debe entenderse revocado cuando su cubierta ó sellos se encuentren quebrantados, ó raspadas ó enmendadas las firmas: A los que impugnen la revocación, fundados en las excepciones que determina el párrafo segundo del art. 740, les incumbe la prueba de que el testador no tuvo parte alguna en tales hechos, ó que los realizó en un período de demencia acreditada.

Probados estos dos últimos extremos, hay que justificar un tercero, pero sólo cuando aparecieren rota la cubierta ó quebrantados los sellos; es preciso demostrar la autenticidad del testamento, porque, como en el cerrado, los requisitos de su envoltura, cierre y fijación de sellos son parte integrante del solemne acto del otorgamiento y constituyen verdaderas garantías de esa forma de testar, se hace necesario practicar una especie de información suplementaria que hasta cierto punto subsane los desperfectos observados en el pliego testamentario, partiendo siempre del supuesto de que aquellos que se noten en el contenido de dicho pliego no impidan conocer la disposición que á solas otorgó el testador.

El precepto que estudiamos admite al parecer el sentido del artículo 1.943 del Código portugués, según el cual, si el testamento se hallase roto ó hecho pedazos, se tendrá por no escrito, aunque se puedan unir los fragmentos y leer la disposición, excepto cuando se probase que esto sucedió después de la muerte del testador ó que lo llevó á cabo en estado de demencia.

El testamento cerrado, como ya sabemos, puede entregarlo el testador para su custodia á una tercera persona. En tal supuesto, si al fallecimiento del otorgante apareciese su testamento con la cubierta rota ó los sellos quebrantados en poder de esa tercera persona, el Código con mucha lógica le atribuye la responsabilidad de los vicios ó desperfectos del pliego testamentario y su cubierta.

Mas como no es lícito presumir que la causa determinante de dichas fracturas haya sido la voluntad del testador expresada en ese sentido, de aquí que la revocación no se produzca *ipso iure*, sino que por el contrario se trueque en presunción *iuris tantum*

subsistente tan sólo mientras no se pruebe la autenticidad del testamento.

Por esto, asimismo declara el art. 1.941 del Código de Portugal que el vicio se entenderá que procede de la persona á cuyo cuidado estuviere encomendado el testamento, mientras que otra cosa no se probase. De lo cual deducimos que si se demostrara que fué una tercera persona distinta de la depositaria del testamento la que hubiere cometido alguno de los actos diversos que describe nuestro art. 742, se seguiría el mismo procedimiento regulado en dicho apartado último de ese precepto, y en uno y en otro caso, esas personas incurrirían en la responsabilidad que marca el último párrafo del art. 713, según el cual, los que ocultasen, rompieren ó inutilizasen de otro modo el testamento cerrado, perderán todo derecho á la herencia, si lo tuvieren, como herederos *ab-intestato* ó como herederos ó legatarios por testamento.

Pueden hallarse borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que autoricen el testamento, á pesar de lo cual, éste será válido, siempre que no llegara á probarse que en ese estado fué entregado el pliego por el testador, porque entonces es lícito suponer que él mismo fué el causante de tales desperfectos. Nos referimos á las firmas de la carpeta del testamento, las cuales, si aparecen desvirtuadas por raspaduras, enmiendas ó inutilizaciones, son prueba evidente de que el testador, conociendo la eficacia de los requisitos y garantías que dichas firmas suponen, quiso destruir por ese medio la última voluntad encerrada en la carpeta. También en este caso creemos pertinente la excepción cuando el testador hubiere realizado posteriormente esos actos en estado de demencia.

Lo que nos extraña es que, hallándose íntegros los sellos y la cubierta, pero borradas, raspadas ó enmendadas las firmas, aunque el testador no hubiere entregado el pliego en esa forma, no exija el legislador que se acredite la autenticidad del testamento, sobre todo cuando dichas firmas hayan sido borradas: Porque si éstas no se conocen, se desconocerá asimismo si realmente intervinieron en el acto del otorgamiento el testador, Notario y testigos necesarios, tratándose de solemnidades que tan sustancialmente afectan á la forma cerrada de testar. Más natural sería decretar, en el referido supuesto, la validez del testamento, siem-

pre que se llegara á justificar que dichas personas estuvieron presentes y autorizaron el expresado otorgamiento y estamparon sobre el pliego testamentario las firmas, que después fueron borradas. El párrafo último del art. 742 prescinde de ese trámite, cuya omisión ha de dar lugar seguramente á peligros y graves consecuencias, porque parece darse á entender que no es muy esencial y necesario el requisito de que suscriban el acta de otorgamiento el Notario, testador y testigos, cuando en ciertos casos puede prescindirse de esa suscripción en la carpeta del testamento.

Objeto de empeñada discusión fué el art. 742 tal como apareció redactado en la primera edición del Código: Decía así: «Será ineficaz y quedará sin efecto el testamento cerrado, siempre que se hayan quebrantado los sellos y abierto la cubierta, ó estén borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que la autoricen, excepto cuando se pruebe que esto sucedió después de la muerte del testador ó que éste lo verificó en estado de demencia. Se entenderá que el vicio procede de la persona encargada de guardar el testamento, mientras no se pruebe lo contrario.» Esta redacción daba á entender que el simple hecho de la inutilización del testamento ó de la alteración de sus firmas implicaba ya desde luego y *a priori* su ineficacia ó revocación, lo cual pugna con la ciertísima observación anteriormente alegada de que lo más que puede hacer en esos casos el legislador es establecer una presunción *iuris tantum,* dada la dificultad de apreciar de parte de quién está la responsabilidad.

Por otra parte, aseguraba el jurisconsulto Sr. Comas, discutiendo en el Senado español el Código, que en el momento en que aparezca la más pequeña insinuación en la envoltura del testamento, desde ese instante la última voluntad se resuelve, no hay contenido, y la forma de tal modo se impone á la materia, que no hay materia posible; á lo que replicaba el Sr. Romero Girón que eso sería aplicable al caso en que dichos actos procediesen de la voluntad del testador; pero ante un accidente extraordinario, contra la invasión de un tercero, interesado ó no en cometer ese atentado después de la muerte del otorgante, cuando ya naturalmente no hay posibilidad de que su voluntad pueda cambiar, no era posible echar abajo, por esa cuestión de mera formalidad, toda la materia gravísima de la sucesión, determinada por un testamento cerrado.

Nos parece indudable, repetimos, que lo que debe tratar de indagarse siempre es la voluntad del testador, para deducir de ella si éste quiso dar á entender la revocación de su anterior testamento, porque muy bien puede resultar el hecho de la destrucción ó alteración de la escritura testamentaria, meramente fortuíto ó independiente de la intención del autor principal de aquélla, y en ese caso constituiría injusticia y una falta de lógica el hacer prevalecer una voluntad distinta de la que verdaderamente ha de señalar la norma en materia de testamentos.

Lo cierto es que, merced á unas y otras observaciones, el artículo de la primera edición del Código se modificó dando, no solamente otra forma más científica á su comienzo, sino distinguiendo perfectamente las soluciones legales, según que el testamento se encontrara en el domicilio del testador ó en poder de una tercera persona; con lo cual, aunque no inmejorables ni irreformables su contexto y el propósito que le guía, dan más acertada base para resolver en forma justa las dificultades que se presentan en la realidad.

Debe advertirse, siguiendo el espíritu del art. 742, que si la alteración ó inutilización se verifican en el pliego interior en el que se halla escrita la última voluntad, en la forma cerrada de testar, el testamento se entenderá revocado, á no ser que, pudiendo conocerse su contexto, se acreditara que tales hechos se cometieron por persona distinta del testador ó por éste en estado de demencia. No entra en los límites de lo racional y verosímil el suponer que un testador altere la firma de su última disposición ó realice en ésta desperfectos que equivalgan á su ineficacia, y poco después en el acto del otorgamiento manifieste ante Notario y testigos que aquél era su testamento; pero probado este extremo, opinamos que prevalecería el primer hecho sobre el segundo y se impondría la revocación de lo testado. El art. 742 no trata más que del testamento cerrado; pero es porque sólo éste ordinariamente tiene cubierta y sellos.

No sobraría el que se hiciera en ese precepto alguna referencia á los testamentos ológrafos y abiertos excepcionales. Pero ante esa omisión ¿puede caber alguna duda de que la rotura de los mismos ó la enmienda, destrucción ó raspadura, implica asimismo una evidente revocación, sin que á ello se opongan más excepciones que las mismas previstas en dicho artículo? Esto no

puede tener lugar tratándose de los testamentos abiertos, más que en aquéllos en que no interviene Notario, porque en los demás queda la correspondiente matriz en el archivo de aquél.

El Código de la República Argentina, en su art. 3.833, dispone que la cancelación ó destrucción de un testamento ológrafo hecha por el mismo testador ó por otra persona de su orden, implica su revocación cuando no existe sino un solo testamento original; si fuesen varios, el testamento no queda revocado mientras no se hubiesen destruído ó cancelado todos sus originales.

En contra de lo que expresa un celebrado comentarista del Código, opinamos que si el testamento cerrado llegara á anularse por efecto de uno de los vicios que expresa el art. 742, y siempre que el testador no sea el responsable de los mismos, valdrá como testamento ológrafo, si reúne todos los requisitos que para éste exige el Código. Tal sucedería, por ejemplo, en el caso de que se hubiere roto la cubierta ó quebrantado los sellos del testamento cerrado, sin que se pudiera probar la autenticidad de la carpeta testamentaria, por no existir ya el Notario y los testigos que la autorizaron en el acto del otorgamiento, ni medios supletorios de prueba de dicha autenticidad. Esto implicaría su ineficacia, su caducidad, pero no su revocación, sobre todo acreditándose la inculpabilidad del testador en tales hechos y aun en el de borrar, raspar ó enmendar las firmas que lo autoricen, siempre que no se trate de la que suscribe el verdadero testamento encerrado en el pliego. Luego, si dicha ineficacia se produce, entrará de lleno en ejercicio el art. 715.

La identidad del testamento ológrafo puede luego demostrarse, y aun resultar acreditada debidamente por los trámites de los artículos 691 y 693 del Código; y si eso sucede, sería un violento absurdo declarar intestada á una persona, cuando supletoriamente puede considerársela muerta con testamento, por virtud de un precepto muy justificado del mismo Código.

En el Derecho aragonés también vale el testamento anterior cuando el testador inutilizase el posterior ó lo recogiese de poder del Notario, aunque aconseja algún autor que entonces deberá atenderse á las circunstancias de cada caso.

ART. 743. Caducarán los testamentos, ó serán ineficaces en todo ó en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código.

Concordancia.—Copiado literalmente del art. 721 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El precepto transcrito anuncia el principio de que las disposiciones testamentarias caducarán total ó parcialmente sólo en los casos expresamente prevenidos en el Código, principalmente con el objeto, según creemos, de dar á entender el legislador que en materia tan delicada y transcendental no caben argumentos de analogía ni de interpretación extensiva. La caducidad ó ineficacia de los testamentos únicamente procederá cuando algún artículo del presente Código taxativamente lo disponga. Lo único, pues, que quedará como misión del particular y de los Tribunales, es ver si se han dado en la realidad las circunstancias que el precepto respectivo exija para que dichas caducidad ó ineficacia se impongan.

Ya hemos explicado en el prólogo de la presente *Sección* la acepción jurídica del término «*nulidad*», y su diferencia del de *revocación*. Nos limitaremos, por tanto, en este comentario á enunciar todos esos casos á que alude nuestro art. 743, los cuales se encuentran desperdigados por el Código.

Ante todo, son nulos los testamentos otorgados por un loco ó por un menor de catorce años. Estos son los casos de nulidad más evidentes é importantes, porque afectan á materia tan interesante como es la de la capacidad para testar, de la cual parten todos los demás efectos de las últimas voluntades.

Se considerarán asimismo nulos los testamentos mancomunados y por Comisario, otorgados después de 1.° de Mayo de 1889, y los que en cualquier tiempo aparezcan hechos con violencia, dolo ó fraude.

Las diversas formas de testar que hemos examinado bajo los nombres de testamento ológrafo, abierto y cerrado, quedarán anuladas si, conforme á los artículos 687, 705 y 715, se infringieran los correspondientes preceptos que señalan las llamadas solemnidades externas, á no ser de aquellas que, según hemos dicho en los respectivos comentarios, de acuerdo con la jurisprudencia, el mismo espíritu del Código y una interpretación prudente, nunca deben llevar consigo consecuencias tan transcendentales como la anulación de todo un testamento, por omisiones quizá de insignificante entidad. Lo propio decimos respecto á los testamentos militar, marítimo y hecho en país extranjero.

No podemos creer que están afectos á un vicio de nulidad los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte, en caso de epidemia, los que en tiempo de guerra otorguen en campaña los militares, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el Ejército, ó que sigan á éste, los que las mismas personas dicten durante una batalla, asalto, combate y, generalmente, en todo peligro próximo de acción de guerra, los abiertos y cerrados otorgados por los que durante un viaje marítimo vayan á bordo de cualquiera embarcación, y, en general, todos los excepcionales, si en los plazos respectivamente señalados en los preceptos que regulan esas formas de testar, no se elevan á escritura pública y se protocolizan según la ley de Enjuiciamiento civil, por los trámites de la jurisdicción voluntaria.

El testamento fué válido en un principio, porque su otorgamiento se atuvo á los preceptos del Código; pero después hubieron de invalidarle las omisiones de requisitos que constituyen asimismo solemnidades de carácter ineludible. Es verdad que en ese caso se producen los mismos efectos que si existiera un vicio de nulidad que atacase esencialmente la institución testamentaria, porque se supone que dichos testamentos no han existido legalmente nunca, y, por tanto, no han dado lugar á efecto jurídico alguno en ningún tiempo.

Llevarán, sí, envuelto un caso de revocación tácita, más bien que de nulidad ó de caducidad, aquellos testamentos que el testador dejase de confirmar por medio de las formas ordinarias de testar, dejando pasar dos meses desde que haya salido del peligro de muerte ó cesado la epidemia, cuatro meses desde que haya abandonado el estado de campaña, ó salido del peligro

próximo de acción de guerra, y los mismos cuatro meses desde que desembarcase en un punto donde pudiere testar en la forma ordinaria. En el hecho de dejar transcurrir esos términos sin llevar á cabo la confirmación del testamento hecho en perentorias y graves circunstancias, da tácitamente á entender que revoca lo que fué su testamento provisional hasta entonces. El legislador no peca ciertamente de escrupuloso en el empleo de una verdadera nomenclatura científica. Indistintamente usa de los vocablos *«caducidad»*, *«ineficacia»*, *«anulación»*, *«revocación»*, etc., para expresar conceptos muy diversos, en el orden de las relaciones de Derecho.

El art. 743 refiérese lo mismo á los motivos de ineficacia total de los testamentos que á los que sólo anulan éstos en parte, ó sea los que afectan exclusivamente á determinadas cláusulas testamentarias. Hasta ahora venimos refiriéndonos á los primeros, porque de esa índole son únicamente los que se refieren á testamentifacción activa y á las solemnidades externas.

Podemos citar como ejemplos de nulidad parcial los siguientes, partiendo siempre, como sabemos, del supuesto de que ni la ineficacia de la institución de heredero, ni la del legado, ni aun la de otras disposiciones particulares del testamento afectan á lo restante de éste en lo más mínimo.

Serán nulas la institución de heredero hecha á favor de un establecimiento público bajo condición ó imponiéndole un gravamen, si el Gobierno no la aprueba, y la hecha en favor de persona incierta, á menos que por algún evento pueda resultar cierta (artículos 748 y 750 del Código).

Asimismo no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiere confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, ó de su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto; las que el pupilo haga en favor de su tutor antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste, aunque el testador muera después de su aprobación; todas aquellas que se ordenen en favor del Notario que autorice el testamento respectivo, ó de su esposa, parientes ó afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción de que se trate de algún legado de objeto mueble ó cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario, cuya regla general se aplicará igual,

mente á los testigos del testamento abierto hecho con ó sin Notario y á los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales; y las disposiciones ordenadas en favor de un incapaz, aunque se las disfrace bajo la forma de contrato oneroso, ó se hagan á nombre de persona interpuesta (artículos 752, 753, 754 y 755).

Serán ineficaces: la institución de heredero cuando concurra error en el nombre, apellidos ó cualidades de aquél, y no pueda saberse ciertamente quién sea la persona nombrada (art. 733), y las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita á un tercero el todo ó parte de la herencia, siempre que pasen del segundo grado ó se hagan en favor de personas que no vivan al tiempo del fallecimiento del testador, así como también los llamamientos que no sean expresos en dicha clase de sustituciones (artículos 781 y 783). Tampoco surtirán efecto aquéllas cuando no se hagan de un modo expreso, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituído la obligación terminante de entregar los bienes á un segundo heredero, las que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del segundo grado; las que impongan al heredero el encargo de pagar á varias personas sucesivamente más allá del segundo grado cierta renta ó pensión y las que tengan por objeto dejar á una persona el todo ó parte de los bienes hereditarios, para que los aplique ó invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador (art. 785).

Incurrirá en vicio de nulidad la disposición testamentaria otorgada bajo condición de que el heredero ó legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador ó de otra persona (art. 794).

Anulará la institución de heredero, la preterición de alguno ó de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, ó sea que nazcan después de muerto el testador, á no ser que dichos herederos mueran antes que éste (artículo 814), siendo además nula toda renuncia ó transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos (art. 816).

Se reputa asimismo nula la disposición del testador contraria á la promesa de mejorar ó no mejorar, hecha en escritura de capitulaciones matrimoniales (art. 826, § 2.º).

Anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado la desheredación hecha sin expresión de causa ó por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare ó que no sea una de las señaladas en los artículos 852, 853, 854 y 855 (artículo 851).

Son nulos los legados de cosa ajena si el testador ignoraba esta circunstancia, aunque se convalidará si adquiere aquélla después de otorgado el testamento; de cosas que están fuera del comercio; de cosa que al tiempo de testar fuera ya propia del legatario, aunque en ella tuviese algún derecho otra persona; de cosa que el testador transforme de modo que no conserve la forma ni la denominación que tenía, ó que enajene por cualquier título ó causa en todo ó en parte, entendiéndose en este último caso que el legado queda sin efecto respecto á la parte enajenada; y de cosa que perezca del todo viviendo el testador ó después de su muerte sin culpa del heredero (artículos 862, 865, 866 y 869). No surtirán efecto los legados consistentes en un crédito contra tercero ó en el perdón ó liberación de una deuda del legatario, en la parte del crédito ó de la deuda que no queden subsistentes al tiempo de morir el testador, cuyos legados, por otra parte caducarán si el testador, después de haberlos hecho, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque éste no se haya realizado al tiempo del fallecimiento (artículos 870 y 871).

No es válido el legado de cosa inmueble indeterminada cuando no la hubiere de su género en la herencia, ni tampoco el de cosa propia del legatario en la fecha del testamento (art. 875, § 2.°, y 878).

Podrían multiplicarse mucho más los ejemplos si dedujéramos casos de nulidad de preceptos del Código cuyo incumplimiento traería consigo aquélla; pero creemos suficientes los expuestos para comprobar qué clase de referencias comprende nuestro artículo 743 y cómo resulta demostrado que las anulaciones parciales, ó de determinadas disposiciones testamentarias, no llevan envuelta la de todo el testamento.

Para terminar este comentario, téngase presente una observación que en otro lugar hemos expuesto con referencia á la nulidad y caducidad de los testamentos: No son éstas materias que han de declararse de oficio y *motu proprio* por los Tribunales; los

interesados en esas últimas voluntades, ó los representantes legales de aquellos que sean menores ó incapaces, son los que únicamente tienen personalidad legítima para entablar esa clase de reclamaciones y conseguir esos efectos, siempre transcendentales en el Derecho.

APÉNDICE ÚNICO

I

Ley de Enjuiciamiento civil, libro II, tít. X. De las testamentarías.

SECCIÓN PRIMERA

Disposiciones generales.

Art. 1.036. El juicio de testamentaría podrá ser voluntario ó necesario.

Art. 1.037. Será voluntario cuando lo promoviere parte legítima.

Art. 1.038. Serán parte legítima para promoverlo:

1.° Cualquiera de los herederos testamentarios.

2.° El cónyuge que sobreviva.

3.° Cualquiera de los legatarios de parte alícuota del caudal.

4.° Cualquier acreedor, siempre que presente un título escrito que justifique cumplidamente su crédito.

Art. 1.039. Los herederos voluntarios y los legatarios de parte alícuota no podrán promover el juicio voluntario de testamentaría cuando el testador lo haya prohibido expresamente.

Art. 1.040. Tampoco podrán promoverlo los acreedores:

1.° Cuando tengan asegurado su crédito con hipoteca voluntaria ó con otra garantía suficiente.

2.° Cuando, en otro caso, los herederos les dieren fianza bastante á responder de sus créditos independientemente de los bienes del finado.

Art. 1.041. Será necesario el juicio de testamentaría en los casos en que el Juez deba prevenirlo de oficio. Estos casos serán:

1.° Cuando todos ó algunos de los herederos estén ausentes y no tengan representante legítimo en el lugar del juicio.

2.° Cuando los herederos ó cualquiera de ellos sean menores ó estén incapacitados, á no ser que estén representados por sus padres.

Art. 1.042. En estos casos, cualquiera de los Jueces expresados en la regla 5.ª del art. 63 prevendrá el juicio, practicando las diligencias indicadas en dicha regla y en el art. 959.

Art. 1.043. En el caso 1.° del art. 1.041, luego que comparezcan los parientes por sí ó por medio de representante legítimo, se les hará entrega de los bienes y efectos pertenecientes al finado, cesando la intervención judicial, á no ser que la solicitare alguno de los que sean parte legítima para promover el juicio voluntario.

Art. 1.044. Aunque sean menores ó estén incapacitados los herederos, no se podrá prevenir el juicio necesario de testamentaría cuando el testador lo haya prohibido expresamente.

Si se hubieren incoado las diligencias preventivas á que se refiere el art. 1.042, se sobreseerá en ellas luego que con la copia del testamento se acredite dicha prohibición.

Art. 1.045. Cuando el testador haya prohibido la intervención judicial en su testamentaría, para que esta prohibición produzca los efectos expresados en el artículo anterior y en el 1.039, será necesario que aquél haya nombrado una ó más personas, facultándolas para que, con el carácter de albaceas, contadores ó cualquiera otro, practiquen extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaría.

Art. 1.046. Si el testador hubiere establecido reglas distintas de las ordenadas en esta ley para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, los herederos voluntarios y los legatarios deberán respetarlas y sujetarse á ellas.

Lo mismo deberán hacer los herederos forzosos, siempre que no resulten perjudicados ó gravados en sus legítimas.

Art. 1.047. En cualquier estado del juicio voluntario de testamentaría podrán los interesados separarse de su seguimiento y adoptar los acuerdos que estimen convenientes.

Para este efecto se considerarán como interesados, además de los herederos y legatarios, los acreedores que hubieren promovido el juicio y el cónyuge sobreviviente.

Cuando lo solicitaren de común acuerdo, deberá el Juez sobreseer en el juicio y poner los bienes á disposición de los herederos.

Art. 1.048. En el juicio necesario, después de haber practicado judicialmente el inventario y depósito de los bienes conforme á lo prevenido en el art. 1.095, podrán también los interesados separarse de su seguimiento para hacer extrajudicialmente las demás operaciones de la testamentaría.

En este caso, no pondrá el Juez los bienes á disposición de los herederos hasta después de aprobadas las particiones.

Art. 1.049. Las liquidaciones y particiones de herencia hechas extrajudicialmente, aunque lo hayan sido por contadores nombrados por el testador, deberán presentarse á la aprobación judicial siempre que tenga interés en ellas como heredero ó legatario de parte a ícuota algún menor, incapacitado ó ausente cuyo paradero se ignore.

Art. 1.050. Para obtener dicha aprobación se observarán los trámites establecidos en los artículos 1.077 y siguientes.

No están comprendidas en las disposiciones de este artículo y del anterior las particiones hechas por los mismos testadores, las cuales no necesitarán la aprobación judicial.

Art. 1.051. A los menores, incapacitados ó ausentes les quedarán á salvo los derechos que les conceden las leyes, además de los que se les reconocen en las disposiciones de este título.

Art. 1.052. No obstará el juicio de testamentaría para que los herederos ejerciten en tiempo y forma el derecho de deliberar, ó el beneficio de inventario.

Al promover el juicio, podrán pedir el término legal para deliberar ó manifestar que aceptan la herencia á beneficio de inventario.

En uno y otro caso, formalizado que fuere el inventario, el Juez mandará que se les ponga de manifiesto para que puedan resolver lo que convenga á sus intereses.

Art. 1.053. Las testamentarías podrán ser declaradas en concurso de acreedores ó en quiebra, en los casos en que así proceda respecto á los particulares; y si lo fueren, se sujetarán á los procedimientos de estos juicios.

SECCIÓN SEGUNDA

Del juicio voluntario de testamentaría.

Art. 1.054. El que promueva el juicio voluntario de testamentaría deberá presentar el certificado de defunción de la persona de cuya sucesión se trate, y no siendo esto posible, otro documento ó prueba que la acredite, y el testamento del finado.

Art. 1.055. Siendo parte legítima quien lo pida, y cumplidos los requisitos expresados en el artículo anterior, mandará el Juez que se ratifique en la solicitud deducida á su nombre.

Hecha esta ratificación, el Juez habrá por prevenido el juicio, mandando citar para él en forma á los herederos, á los legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente, si los hubiere, y en su caso á los acreedores que hayan promovido el juicio.

Art. 1.056. Si hubiere herederos ó legatarios de los antedichos que por ser menores ó incapacitados tengan tutor ó curador, se entenderá con éstos la citación para el juicio.

Si no lo tuvieren se les nombrará ó se hará que lo nombren con arreglo á derecho, á no ser que se hallen representados por sus padres.

Art. 1.057. Cuando el tutor, curador, padre ó madre tengan en la herencia un interés incompatible con el del menor ó incapacitado á quien representen, se proveerá á éste, con arreglo á derecho, de un curador especial para el juicio, cuya intervención se limitará á los actos en que exista dicha incompatibilidad.

Art. 1.058. A los herederos y demás interesados ausentes, que tengan residencia conocida, se les citará personalmente.

A los que no la tengan se les llamará por edictos que se fijarán en los sitios públicos é insertarán en los diarios oficiales del pueblo del juicio, si los hubiere, y en el *Boletín de la provincia;* y si el Juez lo estimare necesario, atendidas las circunstancias del caso, en la *Gaceta de Madrid* ó en el lugar de la última residencia del ausente.

Art. 1.059. Se citará también al Promotor fiscal para que represente á los interesados en la herencia que sean menores ó incapacitados y no tengan representación legítima; á los ausentes cuyo paradero se ignore, y á los que, debiendo ser citados en per-

sona por tener domicilio conocido, no se hallaren en el lugar del juicio.

Art. 1.060. Cesará la representación del Promotor fiscal:

Respecto á los menores é incapacitados, luego que estén habilitados de tutor ó curador.

En cuanto á los ausentes cuyo paradero se ignore, cuando se presenten en el juicio ó puedan ser citados personalmente, aunque vuelvan á ausentarse.

Y respecto de los ausentes citados en persona, también cuando se presenten, ó transcurran desde la citación, sin haberse presentado, quince días, si residen en la Península, y tres meses en otra parte.

En este último caso se seguirá el juicio en rebeldía, sin volver á citar á los que, habiéndolo sido en forma, no hayan comparecido.

Art. 1.061. Si el que haya promovido el juicio solicitare oportunamente la intervención del caudal, se decretará practicándose las diligencias prevenidas en el art. 959 de la manera menos vejatoria posible.

Art. 1.062. No podrá decretarse dicha intervención sino limitada á formar judicialmente los inventarios, cuando se solicite después de treinta días de la muerte del testador, ó de haberse tenido noticia de su fallecimiento.

Art. 1.063. Para hacer los inventarios judicialmente se dará comisión al actuario, sin perjuicio de que el Juez pueda concurrir á su formación en todo ó en parte, cuando lo solicite alguno de los interesados y él lo considere necesario.

Art. 1.064. Dentro de los ocho días siguientes al en que se haya mandado formar judicialmente el inventario, deberá principiarlo el actuario señalando día y hora, que hará saber á los interesados al citarlos para esa operación.

Art. 1.065. Deberán ser citados para la formación del inventario:

1.° Los herederos ó su legítimos representantes que se hallaren en el lugar del juicio, ó se hubieren personado en los autos; y por los ausentes, si los hubiere, el Promotor fiscal.

2.° El cónyuge sobreviviente, ó su representación legítima.

3.° Los legatarios de parte alícuota.

4.° Los acreedores que hubieren promovido el juicio ó hayan sido admitidos en él como parte legítima.

Art. 1.066. Citados todos los que menciona el artículo anterior, en el día y hora señalados, procederá el actuario, con los que concurran, á formar el inventario, el cual contendrá la descripción de los bienes de la herencia por el orden siguiente:

1.° Metálico.
2.° Efectos públicos.
3.° Alhajas.
4.° Semovientes.
5.° Frutos.
6.° Muebles.
7.° Inmuebles.
8.° Derechos y acciones.

Todo se expresará en las diligencias que se extiendan, con la claridad y precisión convenientes; y si el inventario no se pudiere terminar en el día señalado, se continuará en los siguientes.

Art. 1.067. Se formará, además, con igual precisión, inventario especial de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren.

Art. 1.068. Practicadas las diligencias prevenidas en los artículos anteriores, mandará el Juez convocar á Junta á los interesados, señalando el día, dentro de los ocho siguientes, para que se pongan de acuerdo sobre la administración del caudal, su custodia y conservación.

Art. 1.069. Si no se consiguiere dicho acuerdo, determinará el Juez lo que según las circunstancias corresponda, con sujeción á las reglas siguientes:

1.ª El metálico y efectos públicos se depositarán en el establecimiento público destinado al efecto.

2.ª Las alhajas, muebles, semovientes y frutos recolectados se pondrán en depósito, exigiéndose las seguridades convenientes al depositario.

3.ª Se nombrará administrador al viudo ó viuda, y en su defecto, al interesado que tuviere mayor parte en la herencia, si reúne, á juicio del Juez, la capacidad necesaria para desempeñar el cargo.

4.ª Si no concurriere esta circunstancia en quien tuviere la mayor parte de la herencia, ó fuere igual á la participación de to-

dos los interesados ó de alguno de ellos, podrá el Juez nombrar á cualquiera de éstos ó á un extraño.

5.ª Cualquiera que fuese el administrador, deberá prestar fianza bastante á responder de lo que perciba en bienes muebles y de la renta de un año de los inmuebles, si los interesados, de común acuerdo, no le dispensaren de hacerlo.

6.ª No habiendo acerca de esto conformidad, la fianza será proporcionada al interés en el caudal de los que no otorguen su relevación.

Art. 1.070. En la Junta á que se refiere el art. 1.068, los interesados deberán también ponerse de acuerdo sobre el nombramiento de uno ó más contadores que practiquen las operaciones divisorias del caudal. Si no lo consiguieren, cada parte ó grupo de partes que tengan idéntico interés en la testamentaría, designará un contador, y se intentará el acuerdo de todos para elegir un contador dirimente, que habrá de ser letrado.

Art. 1.071. También acordarán los concurrentes á dicha junta el nombramiento de los peritos que para el avalúo de los bienes deberán valerse los contadores, ó facultarán á éstos para elegir uno ó varios de común acuerdo y para designar cada cual el suyo, si el acuerdo no fuere posible.

Art. 1.072. Si alguno de los concurrentes se negase á nombrar contador ó perito, se le tendrá por conforme con la designación que hicieren los otros interesados.

Art. 1.073. Si de la Junta resultare falta de acuerdo para la designación de contador dirimente, se observará lo prevenido en los artículos 616 al 625 de esta ley. Esto mismo se hará en el caso de que los peritos discordaren sobre el avalúo.

Art. 1.074. Elegidos los contadores y peritos en su caso, previa su aceptación, se entregarán los autos á los primeros y se pondrán á disposición de unos y otros cuantos objetos, documentos y papeles necesiten para practicar el inventario, cuando éste no hubiere sido hecho, y el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario.

Art. 1.075. La aceptación de los contadores dará derecho á cada uno de los interesados para obligarles á que cumplan su encargo. Deberán verificarlo en el término que racionalmente se estime necesario, teniendo en consideración la importancia y dificultad de las operaciones.

Art. 1.076. También á instancia de parte podrá el Juez fijarles un plazo para que presenten las operaciones divisorias, y si no lo verificaren, serán responsables de los daños y perjuicios.

Art. 1.077. Las operaciones divisorias deberán presentarse por los contadores, extendidas en papel común y suscritas por ellos, y contendrán:

1.° Relación de los bienes que, en concepto de cada uno, formen el caudal partible.

2.° Avalúo de todos los comprendidos en esa relación.

3.° Liquidación del caudal, su división y adjudicación á cada uno de los partícipes.

Art. 1.078. El contador dirimente, resumiendo los puntos en que las partes estuvieren conformes, se limitará á formular, con arreglo á derecho, aquella ó aquellas operaciones en que hubiere desacuerdo, procurando evitar la indivisión, lo mismo que la excesiva división de las fincas.

Art. 1.079. Las operaciones divisorias de los contadores se pondrán de manifiesto en la escribanía por término de ocho días, haciéndolo saber á las partes.

Art. 1.080. Se excusará esta dilación si todas las partes acuden al Juzgado, por medio de comparecencia ó por escrito, manifestando su conformidad con cualesquiera de los proyectos. En el segundo caso, no será necesario que se ratifiquen, cuando todos hayan firmado el escrito ó lo presenten personalmente, lo que acreditará el actuario por diligencia.

Art. 1.081. Pasado dicho término sin hacerse oposición, ó luego que los interesados hayan manifestado su conformidad, el Juez llamará los autos á la vista, y dictará auto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas con reintegro del papel sellado correspondiente.

Art. 1.082. En los puntos en que hubiere discordancia entre los contadores, serán objeto de discusión y materia de resolución las operaciones practicadas por el dirimente.

Art. 1.083. Si dentro del término que fija el art. 1.079 las partes no hicieren oposición al proyecto del contador dirimente, ó manifestaren su conformidad con cualquiera otro, el Juez lo aprobará y mandará protocolizarlo con reintegro del papel sellado correspondiente.

Art. 1.084. Cuando los interesados ó alguno de ellos pidieren

dentro de los ocho días que se les entreguen con los autos las operaciones divisorias para examinarlas, lo decretará el Juez por término de quince días para cada uno de los que lo hubieren solicitado.

Art. 1.085. Transcurridos los quince días señalados en el artículo precedente sin haberse formalizado oposición, se recogerán los autos sin necesidad de apremio, y se procederá á aprobar las operaciones divisorias de la manera prevenida en el art. 1.081.

Art. 1.086. Cuando en tiempo hábil se hubiere formalizado la oposición á las operaciones divisorias del contador dirimente, el Juez convocará á junta á los interesados y dicho contador, para que, oídas las explicaciones que mutuamente se dieren, acuerden lo que más convenga.

De esta junta se levantará la oportuna acta, que firmarán todos los concurrentes.

Art. 1.087. Si hubiere conformidad de todos los interesados respecto á las cuestiones promovidas, se ejecutará lo acordado, y el contador dirimente hará en las operaciones divisorias las reformas convenidas.

Art. 1.088. Si no hubiere conformidad, se dará al asunto la tramitación del juicio ordinario que por la cuantía corresponda, empezando los traslados por aquellos que primero hubieren solicitado la entrega de las operaciones, conforme al art. 1.084.

Art. 1.089. También será oído el Ministerio fiscal, cuando el avalúo de la operación divisoria que se discuta fuere impugnado por cohecho ó inteligencias fraudulentas entre el perito dirimente y alguno ó algunos de los interesados para aumentar ó disminuir el valor de cualesquiera bienes.

Art. 1.090. Si apareciese fundado motivo para creer que en el avalúo han intervenido el cohecho ó las inteligencias fraudulentas, el Juez acordará que se saque testimonio de lo necesario para proceder criminalmente contra los culpables.

Art. 1.091. Si los interesados, prescindiendo del avalúo objeto de la impugnación á que se refiere el artículo anterior, practicasen otro dentro del término probatorio, el pleito será terminado por sentencia. En otro caso, se suspenderá el fallo hasta que en la causa instruída en virtud de lo dispuesto en dicho artículo, recaiga sentencia firme.

Art. 1.092. Aprobadas definitivamente las particiones, se

procederá á entregar á cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en éstos por el actuario, notas expresivas de la adjudicación.

Luego que sean protocolizadas, se dará á los partícipes que lo pidieren, testimonio de su haber y adjudicación respectivos.

Art. 1.093. Cuando se haya promovido el juicio á instancia de uno ó más acreedores, no se hará la entrega de los bienes á ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados ó garantidos á su satisfacción.

SECCIÓN TERCERA

Del juicio necesario de testamentaría.

Art. 1.094. Sólo se prevendrá el juicio necesario de testamentaría en los casos determinados en el art. 1.041, con la limitación consignada en el 1.044.

Art. 1.095. Practicadas las diligencias necesarias para la seguridad de los bienes, libros y papeles á que se refiere el artículo 1.042, se acomodará este juicio á los trámites establecidos para el voluntario, con las modificaciones siguientes:

1.ª Los inventarios se formarán judicialmente.

2.ª Los bienes se constituirán siempre en depósito, sin que pueda adoptarse acuerdo alguno en contrario.

3.ª El Administrador dará fianza bastante á responder de lo que administre. Si le hubieren relevado de ella los interesados que sean mayores de edad, será proporcionada á la participación que tengan en la herencia los menores, incapacitados ó ausentes, sin que en ningún caso pueda dispensársele de esta obligación.

Hasta que estén adoptadas estas medidas, no podrá cesar la intervención judicial, caso de solicitarse conforme á lo prevenido en el art. 1.048.

SECCIÓN CUARTA

De la administración de las testamentarías.

Art. 1.096. En todo juicio de testamentaría se guardará y cumplirá lo que el testador hubiere dispuesto sobre la administración de su caudal hasta entregarlo á los herederos.

Art. 1.097. Cuando el testador no haya dispuesto lo que deba hacerse sobre este punto, la administración de la testamentaría se regirá por las reglas establecidas para las de los *ab-intestatos* en la sección cuarta del título anterior, cuyas disposiciones serán aplicables á este caso, excepto la del art. 1.008.

Art. 1.098. El administrador de la testamentaría sólo tendrá la representación de la misma en lo que se relacione directamente con la administración del caudal, su custodia y conservación, y en tal concepto podrá y deberá gestionar lo conducente para ello, ejercitando las acciones que procedan.

Art. 1.099. Cuando esté intervenido el caudal, al acto de abrir la correspondencia, que según el art. 969 deberá verificarse á presencia del Administrador, podrán concurrir los herederos.

Art. 1.100. Á instancia de los interesados, el Juez podrá mandar que, de los productos de la administración, se entregue por vía de alimentos á los herederos y legatarios y al cónyuge sobreviviente, hasta la cantidad que respectivamente pueda corresponderles como renta líquida de los bienes á que tengan derecho.

El Juez fijará la cantidad y los plazos en que el administrador haya de hacer la entrega.

II

Título XI.—De la adjudicación de bienes á que estén llamadas varias personas sin designación de nombres.

Art. 1.101. Cuando un testador haya ordenado que el todo ó parte de sus bienes se distribuya entre sus parientes hasta cierto grado, entre los pobres ú otras personas que reúnan ciertas circunstancias, pero sin designarlas por sus nombres, para hacer la declaración del derecho y la adjudicación de los bienes se observará el procedimiento que se establece en el presente título.

Art. 1.102. El mismo procedimiento se empleará para la adjudicación de bienes de cualesquiera fundaciones que deban distribuirse entre los parientes llamados por el fundador ó por la ley, y en los demás casos análogos en que los Tribunales hayan de hacer la declaración del derecho.

Art. 1.103. Podrán promover este juicio universal, si el testador no hubiere dispuesto algo que lo impida, los que se crean con derecho á los bienes, ó cualquiera de ellos, y el Ministerio fiscal en representación del Estado.

Art. 1.104. La demanda se formulará conforme á lo prevenido en el art. 524, presentando con ella el testamento ó fundación y los demás documentos en que pueda fundarse la acción que se ejercite y el derecho del actor á los bienes.

También se acompañará copia de la demanda en papel común.

Art. 1.105. Si la demanda tuviere por objeto la declaración del derecho á los bienes de alguna capellanía colativa, de las que se declararon subsistentes por el art. 4.º del convenio-ley de 24 de Junio de 1867, deberá acompañarse el documento que acredite haber precedido el expediente que para la conmutación y libertad de los bienes ordenan dicho convenio y la instrucción para llevarle á efecto, sin cuyo requisito no se dará curso á la demanda.

En estos casos se reducirá á treinta días el término de cada uno de los tres edictos que han de publicarse conforme á los artículos siguientes.

Art. 1.106. Si de los documentos resultare que la demanda se halla comprendida en alguno de los casos á que se refieren los artículos 1.101 y siguiente, el Juez la admitirá, acordando que se llame por edictos á los que se crean con derecho á los bienes, para que comparezcan á deducirlo en el término de dos meses, á contar desde la fecha de la publicación de aquéllos en la *Gaceta de Madrid*.

Art. 1.107. Los edictos á que se refiere el artículo anterior se publicarán y fijarán en los sitios públicos del lugar del juicio, en el pueblo ó pueblos donde radiquen los bienes, y en los demás en que, teniendo en consideración la procedencia del testador, ó el objeto de la institución, se presuma que podrán existir personas de las llamadas.

Se insertarán además en los *Diarios de Avisos* de dichos pueblos, si los hubiere, en el *Boletín Oficial* de la provincia ó provincias á que pertenezcan, y en la *Gaceta de Madrid,* uniéndose á los autos un ejemplar de los periódicos en que se haga la publicación.

Art. 1.108. En los edictos se expresarán el nombre, apellidos y naturaleza del testador ó fundador, la fecha del testamento ó de la fundación, y lo demás conducente para que pueda formarse concepto del objeto de la institución y de las personas llamadas á participar de los bienes, como también el nombre y apellido de la persona ó personas que hayan promovido el juicio, y su grado de parentesco, ó razón en que funden su derecho.

Art. 1.109. El Ministerio fiscal, en representación del Estado, será parte en estos juicios hasta que se terminen por sentencia firme.

En tal concepto, se citará y emplazará al Promotor fiscal del Juzgado luego que fuere admitida la demanda, dándole la copia de ésta que habrá presentado el actor, y se le notificarán todas las providencias que recaigan.

Art. 1.110. Los que comparezcan en el juicio alegando derecho á los bienes, deberán acompañar los documentos en que lo funden y el correspondiente árbol genealógico en su caso.

Si no tuvieren á su disposición alguno de los documentos, expresarán el archivo en que deba hallarse, ofreciendo presentarlo oportunamente.

Los escritos y documentos se unirán á los autos por el orden en que se vayan presentando.

Art. 1.111. Transcurrido el término de los primeros edictos, se hará un segundo llamamiento, también por dos meses, en igual forma y con la misma publicidad que el anterior.

En estos edictos se hará expresión de ser el segundo llamamiento y de las personas que hayan comparecido alegando derecho á los bienes, con indicación del grado de parentesco ó de la razón en que fundan aquél.

Art. 1.112. Con los mismos requisitos y en igual forma se hará un tercer llamamiento, también por dos meses, luego que transcurra el término del segundo, expresando en los edictos ser el tercero y último, y añadiendo el apercibimiento de que no será oído en este juicio el que no comparezca dentro de este último plazo.

Art. 1.113. Acreditándose por diligencia del actuario haber transcurrido el término de los tres llamamientos, y que se han unido á los autos las solicitudes de todos los que se hubieren presentado, se comunicarán al Promotor fiscal por el término que

el Juez estime necesario, pero que no podrá exceder de veinte días, para que emita su dictamen sobre la procedencia de este juicio universal, y si los recurrentes, ó algunos de ellos, reúnen las circunstancias necesarias para aspirar á la adjudicación de los bienes.

Art. 1.114. Si el Promotor fiscal formulase oposición por creer improcedente el juicio, ó porque ninguno de los aspirantes reúna las circunstancias exigidas para participar de los bienes, el Juez acordará se haga saber á aquéllos que usen de su derecho, en vía ordinaria, si les conviniere.

Art. 1.115. No haciendo el Promotor fiscal dicha oposición, si fuesen dos ó más los aspirantes, el Juez los convocará á Junta para el día y hora que señalará dentro de los quince siguientes.

En esta Junta, á la que podrá concurrir el Promotor fiscal y los defensores de las partes, discutirán éstas su mejor derecho á los bienes, consignándose el resultado en el acta, que firmarán todos los concurrentes.

Art. 1.116. Si en la Junta hubiere acuerdo unánime sobre el derecho á los bienes y participación que á cada uno corresponda, ó en el caso de no haber más que un aspirante, si no se hubiere opuesto el Promotor, el Juez llamará los autos á la vista, con citación de las partes, y dictará sentencia, haciendo las declaraciones que estime procedentes en derecho.

Esta sentencia será apelable en ambos efectos.

Art. 1.117. Antes de dictar dicha sentencia podrá el Juez acordar, para mejor proveer, el cotejo de algún documento cuya eficacia pueda ser dudosa, ó que se traiga á los autos cualquier otro que estime necesario.

Art. 1.118. Cuando no haya habido conformidad en la Junta, el Juez dará por terminado el acto, mandando á las partes que hagan uso de su derecho en juicio ordinario.

Art. 1.119. Tanto en este caso como en el del art. 1.114, los interesados ventilarán sus derechos en el juicio ordinario que corresponda á la cuantía de los bienes, y si ésta fuese desconocida, por los trámites del de mayor cuantía, debiendo litigar unidos y bajo una sola dirección los que sostengan una misma causa.

Art. 1.120. Para el buen orden de estos procedimientos se observarán las reglas siguientes:

1.ª Se entregarán los autos á la parte que hubiese promovido

el juicio, para que en el término de diez días amplíe la demanda, reproduciendo ó modificando sus pretensiones.

2.ª Si dicha parte desistiere de su demanda por reconocer mejor derecho en otro ú otros de los aspirantes, con éstos se entenderá la entrega de autos para que formulen sus pretensiones, y si no hubiese mediado dicho reconocimiento, se entenderá con el que primero se personó en el juicio.

3.ª De dicho escrito se dará traslado, sin nuevo emplazamiento, á los demás aspirantes por el orden en que se hubieren personado en el juicio, entregándoles los autos por otros diez días á cada parte, para que formulen también sus respectivas pretensiones.

4.ª En el caso del art. 1.114, el Promotor fiscal será considerado como demandado y se le entregarán los autos para que conteste después de haber formulado sus pretensiones todos los aspirantes á los bienes.

5.ª También será considerado como parte el Promotor fiscal en el caso del art. 1.118, y se le entregarán los autos luego que los aspirantes hayan formulado sus pretensiones, para que pueda pedir lo que estime procedente en defensa de los intereses del Estado ó sobre el cumplimiento de las cargas piadosas á que estuvieren afectos los bienes. Si nada tuviere que proponer sobre estos extremos, devolverá los autos con la fórmula de *Vistos*, en cuyo caso no se le dará nueva audiencia, á no ser que él la solicitare; pero se le notificarán todas las providencias hasta que recaiga sentencia firme.

6.ª Los escritos de los aspirantes se formularán en los términos prevenidos para las demandas, acompañando tantas copias cuantas sean las otras partes litigantes, á quienes serán entregadas para los efectos prevenidos en el art. 520 respecto de los traslados sucesivos, en los que ya no se entregarán los autos.

7.ª Luego que todos los aspirantes hayan formulado sus pretensiones, se dará al juicio la sustanciación establecida para después de contestada la demanda en el ordinario de mayor ó de menor cuantía, según corresponda, obligando el Juez á los interesados que no lo hubieren hecho á que, los que sostengan una misma causa, litiguen en adelante unidos y bajo una misma dirección.

Art. 1.121. Cuando se reconozca el derecho de alguno ó al-

gunos de los aspirantes, se acordará en la misma sentencia lo que proceda para asegurar el cumplimiento de las cargas piadosas con que estuvieren gravados los bienes, aunque nadie lo haya solicitado ni haya sido objeto de discusión en el pleito.

Art. 1.122. Luego que sea firme la sentencia se procederá á su ejecución en la forma que corresponda, con intervención del Ministerio fiscal sólo en el caso de que haya de asegurarse el cumplimiento de cargas piadosas ó cualesquiera otras á favor del Estado ó de alguna corporación ó instituto que de él dependa.

Art. 1.123. Cuando hayan de distribuirse los bienes entre varios interesados, si para ello se solicita ó es necesaria la intervención judicial, se procederá por los trámites establecidos para los juicios de testamentaría.

Art. 1.124. Respecto de la administración de los bienes que sean objeto de estos juicios, se guardará y cumplirá lo que el testador hubiere dispuesto.

Si nada dispuso ó se hallaren abandonados por cualquier motivo, el Juez adoptará las medidas necesarias para la seguridad, custodia y conservación de dichos bienes, observándose lo dispuesto para la administración de los *ab-intestatos*.

Art. 1.125. El Juez cuidará también de que con las rentas se cumplan puntualmente las cargas que sobre los bienes hubiere impuesto el testador ó fundador.

Art. 1.126. No serán admitidos como parte en estos juicios los que no hubieren comparecido en ellos durante los términos de los edictos, aunque aleguen no haber llegado á su noticia los llamamientos judiciales, pero les quedará á salvo su derecho para ventilarlo en juicio ordinario con el interesado ó interesados á quienes hayan sido adjudicados los bienes, luego que sea firme la sentencia.

Art. 1.127. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si en los casos previstos en los artículos 1.114 y 1.118 se hubiere promovido el juicio ordinario para hacer la declaración del derecho á los bienes, el que crea que lo tiene preferente podrá comparecer en este juicio y será tenido como parte en el estado en que se halle, sin que en ningún caso pueda retroceder la sustanciación, observándose lo que previenen los artículos 766 y siguiente.

Art. 1.128. Tampoco se dará curso á las demandas que du-

rante la sustanciación de estos juicios universales se deduzcan por separado en el mismo Juzgado ó en otro, por los que no hayan comparecido en ellos para que se les declare con derecho á los bienes.

Art. 1.129. Tales demandas quedarán en suspenso hasta que recaiga sentencia firme en el juicio universal, y después se seguirán con los que hayan obtenido á su favor por dicha sentencia, la declaración del derecho y la adjudicación de los bienes.

III

Libro III.—Título VI.—Del modo de elevar á escritura pública el testamento ó codicilo hecho de palabra.

Art. 1.943. A instancia de parte legítima podrá elevarse á escritura pública el testamento hecho de palabra.

Art. 1.944. Se entiende ser parte legítima para los efectos de artículo anterior:

1.° El que tuviere interés en el testamento.

2.° El que hubiere recibido en él cualquier encargo del testador.

3.° El que con arreglo á las leyes pueda representar sin poder á cualquiera de los que se encuentren en los casos que se expresan en los números anteriores.

Art. 1.945. Si al otorgar el testamento de palabra se hubiere tomado nota ó apunte de las disposiciones del testador, se presentará con la solicitud dicha nota ó memoria; se expresarán los nombres de los testigos que deban ser examinados, y el del Notario si hubiese concurrido al otorgamiento y por cualquier causa no lo hubiere elevado á escritura pública, y se manifestará el interés legítimo que tenga el que promueve el expediente.

Art. 1.946. El Juez dictará providencia mandando comparecer á los testigos y al Notario en su caso, en el día y hora que señale, bajo apercibimiento de multa, y de las demás correcciones que la desobediencia haga necesarias.

Art. 1.947. No concurriendo al acto alguno de los que deban ser examinados sin alegar justa causa que lo impidiere, el Juez lo suspenderá, señalará el día y hora en que haya de tener lugar,

mandará hacer efectiva la multa y conminará al desobediente con mayor corrección en el caso de reincidencia.

Art. 1.948. Cuando un testigo no compareciere por hallarse enfermo ó impedido, podrá pedir el interesado que se traslade el Juzgado á casa del enfermo, para recibirle declaración acto continuo de haber sido examinados los demás testigos.

Cuando un testigo estuviese ausente del partido judicial, podrá solicitar que se le examine por medio de exhorto dirigido al Juez del pueblo de su residencia actual.

Art. 1.949. Los testigos, y el Notario en su caso, serán examinados separadamente y de modo que no tengan conocimiento de lo declarado por los que les hayan precedido.

El actuario dará fe de conocer á los testigos.

Si no los conociere exigirá la presentación de dos testigos de conocimiento.

Art. 1.950. También deberá acreditarse, si no constase por notoriedad, la calidad del Notario del otorgamiento en los casos en que hubiere concurrido.

Art. 1.951. Cuidará el Juez, bajo su responsabilidad, de que se exprese en las declaraciones la edad de los testigos y el lugar en que tuvieren su vecindad al otorgarse el testamento.

Art. 1.952. Cuando la voluntad del testador se hubiere consignado en alguna cédula ó papel privado, se pondrá de manifiesto á los testigos para que digan si es la misma que se les leyó, y si reconocen por legítimas sus respectivas firmas y rúbricas, en el caso de haberlas puesto.

Art. 1.953. Resultando clara y terminante de las declaraciones de los testigos:

1.° Que el testador tuvo el propósito serio y deliberado de otorgar su última disposición;

2.° Que los testigos, y el Notario en su caso, han oído simultáneamente de boca del testador todas las disposiciones que quería se tuviesen como su última voluntad, bien lo manifestase de palabra, bien leyendo ó dando á leer alguna nota ó memoria en que se contuviese;

3.° Que los testigos fueron en el número que exige la ley, según las circunstancias del lugar y tiempo en que se otorgó, y que reúnen las cualidades que se requiere para ser testigo en los testamentos;

El Juez declarará testamento lo que de dichas declaraciones resulte, con la calidad de sin perjuicio de tercero, y mandará protocolizar el expediente.

Art. 1.954. Cuando resultare alguna divergencia en las declaraciones de los testigos, el Juez aprobará como testamento aquello en que todos estuvieren conformes.

Si la última voluntad se hubiere consignado en cédula presentada ó escrita en el acto del otorgamiento, se tendrá como testamento lo que de ella resulte, siempre que todos los testigos estén conformes en que es el mismo papel que se escribió ó presentó en aquel acto, aun cuando alguno de ellos no recuerde cualquiera de sus disposiciones.

Art. 1.955. La protocolización se hará en los registros del Notario de la cabeza del partido; y si hubiere más de uno, en el que designe el Juez.

IV

Título VII.—De la apertura de testamentos cerrados y protocolización de las memorias testamentarias.

Art. 1.956. El que tenga en su poder algún testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente, tan luego como sepa el fallecimiento del otorgante.

Art. 1.957. Podrá también pedir su presentación el que tuviere conocimiento de haber sido otorgado el testamento y obrar en poder de tercero.

Siendo el reclamante persona extraña á la familia del finado, jurará que no procede de malicia, sino por creer que en él puede tener interés por cualquier concepto.

Art. 1.958. El actuario examinará en el acto el pliego que contenga el testamento, y pondrá diligencia de su estado, describiendo minuciosamente los motivos, si existieren, para poder sospechar que haya sido abierto ó sufrido alguna alteración, enmienda ó raspadura.

Esta diligencia la firmará también el presentante, y si no supiere, ó no quisiere, un testigo á su ruego en el primer caso, y dos testigos elegidos por el actuario en el segundo.

Art. 1.959. Acto continuo el actuario dará cuenta al Juez, el cual, acreditado el fallecimiento del otorgante, acordará que para el día siguiente, ó antes si es posible, se cite al Notario autorizante y á los testigos instrumentales.

Art. 1.960. Comparecidos los testigos, se les pondrá de manifiesto el pliego cerrado para que lo examinen y declaren bajo juramento. si reconocen como legítima la firma y rúbrica que con su nombre aparece en él, y si lo hallan en el mismo estado que tenía cuando pusieron su firma.

Si alguno de los testigos no supiere firmar y lo hubiere hecho otro por él, serán examinados los dos, reconociendo su firma el que la hubiere puesto.

Art. 1.961. Los testigos serán examinados por orden sucesivo, é interrogados sobre la edad que tenían el día del otorgamiento.

Art. 1.962. Si alguno ó algunos de los testigos hubieren fallecido ó se hallaren ausentes, se preguntará á los demás si los vieron poner su firma y rúbrica, y se examinará además á otras dos personas que conozcan la firma y rúbrica del fallecido ó ausente, acerca de su semejanza con las estampadas en el pliego.

Si esto último no pudiere tener lugar, será abonado el testigo en la forma ordinaria.

Art. 1.963. En el caso de haber fallecido el Notario que autorizó el otorgamiento, se cotejará por el Juez, asistido de peritos de su exclusivo nombramiento, el signo, firma y rúbrica del pliego ó carpeta con las estampadas en la copia que debe existir en el registro especial de los testamentos cerrados, para lo cual se trasladará el Juez al sitio en que se halle, y no siendo posible, dará comisión á quien corresponda.

Si el otorgamiento hubiere sido anterior á la ley del Notariado, el cotejo se hará con otras firmas y signos indubitados del mismo Notario.

Art. 1.964. Cuando el Notario y todos los testigos hubieren fallecido, se abrirá información acerca de esta circunstancia, de la época de la defunción, concepto público que merecieran, y de si se hallaban en el pueblo cuando se otorgó el testamento.

Art. 1.965. Podrán presenciar la apertura del pliego y lectura del testamento, si lo tienen por conveniente, los parientes del testador en quienes pueda presumirse algún interés, sin permi-

tirles que se opongan á la práctica de la diligencia por ningún motivo, aunque presenten otro testamento posterior.

Art. 1.966. Practicadas las diligencias que quedan prevenidas, y resultando de ellas que en el otorgamiento del testamento se han guardado las solemnidades prescritas por la ley, y la identidad del pliego, lo abrirá el Juez y leerá para sí la disposición testamentaria que contenga.

Se suspenderá la apertura cuando en la misma carpeta, ó en un codicilo abierto, hubiese dispuesto el testador que no se abra hasta una época determinada, en cuyo caso el Juez suspenderá la continuación de la diligencia y mandará archivar en el Juzgado las practicadas y el pliego, hasta que llegue el plazo designado por el testador.

Art. 1.967. Verificada la lectura del testamento y codicilo por el Juez, lo entregará al actuario para que lo lea en alta voz, á no ser que contenga disposición del testador ordenando que alguna ó algunas cláusulas queden reservadas y secretas hasta cierta época, en cuyo caso la lectura se limitará á las demás cláusulas de la disposición testamentaria.

Art. 1.968. Leído el testamento, dictará auto mandando que se protocolice con todas las diligencias originales de la apertura, en los registros del Notario que hubiere autorizado su otorgamiento, y que se dé copia de dicho auto al que lo hubiere presentado, para su resguardo, si lo pidiere.

Art. 1.969. El que tenga en su poder alguna memoria testamentaria, deberá presentarla al Juez competente en cuanto sepa la defunción del otorgante, pidiendo su protocolización y manifestando la causa de que obre en su poder. Con el escrito presentará documento en que acredite dicho fallecimiento, y exhibirá copia fehaciente del testamento en que se indiquen su existencia y las señales que debe reunir para ser considerada como legítima.

No presentando dichos documentos, dictará el Juez providencia mandando que se traigan á los autos.

Art. 1.970. A continuación del escrito se extenderá por el actuario diligencia suficientemente expresiva del estado en que se halle la memoria, y de las circunstancias por las que pueda juzgarse de su identidad con la indicada en el testamento.

Firmará esta diligencia el que presente la memoria; y si no

supiere ó no quisiere firmar, se hará lo que queda dispuesto en el párrafo segundo del art. 1.958.

En seguida se extenderá por el actuario testimonio de la cláusula ó cláusulas del testamento exhibido que se refieran á la memoria, devolviéndoselo al que lo exhiba, quien firmará su recibo.

Art. 1.971. El Juez dictará providencia mandando que se proceda á la lectura de la memoria y confrontación de sus señales con las expresadas en el testamento, fijando el día y hora en que habrá de practicarse esta diligencia. Los interesados en el testamento podrán concurrir á ella, á cuyo efecto se les instruirá de dicho señalamiento, con la prevención de que su falta de asistencia no impedirá la celebración del acto, ni será motivo para su nulidad, cualquiera que sea la causa que se alegue.

Art. 1.972. Si la memoria estuviere contenida dentro de un pliego cerrado, procederá el Juez á su apertura y lectura en secreto, y no encontrando disposición del testador en que ordene que no se publique alguna cláusula, hasta día ó época determinada, la entregará al actuario para que la lea en alta voz.

Si contuviere dicha disposición, se omitirá la lectura de las cláusulas á que se refiera, y no se podrá dar testimonio de ellas, quedando cerrada y archivada la memoria, hasta que llegue el día ó época determinados por el testador.

Art. 1.973. Acto continuo se procederá á la información y examen de las señales requeridas en el testamento para que deba tenerse como legítima la memoria, con las halladas en ésta.

De esta diligencia se extenderá la oportuna acta, que firmarán el Juez y los demás concurrentes interesados.

Art. 1.974. Resultando del expediente que la memoria reúne las condiciones exigidas por el testador para que se la considere auténtica, se dictará auto mandando protocolizarla, sin perjuicio del derecho de los interesados para impugnarla en el juicio correspondiente.

Art. 1.975. La protocolización se hará en los registros del Notario que autorizó el testamento, y juntamente con éste. Si esta circunstancia no fuere posible, se pondrá por el Notario en el registro del testamento nota marginal expresiva de la existencia de la memoria y del libro y folio en que se halle protocolizada.

Art. 1.976. Cuando el testador haga referencia á alguna memoria escrita de su puño y letra, ó sólo firmada por él, sin men-

cionar ninguna otra señal especial que la identifique, presentada que sea, acompañada de los documentos expresados en el artículo 1.969, el Juez mandará que sea reconocida por tres testigos que conocieran perfectamente la letra del testador, pudiendo también designar á parientes que no hayan sido favorecidos por dicha memoria.

Los testigos ó parientes declararán, bajo juramento, que no abrigan duda racional de que el citado documento está escrito por el testador, y si estuviere sólo firmado, que es suya la firma y rúbrica.

Art. 1.977. Si además lo creyere el Juez conveniente, podrá confrontar, asistido por dos peritos, la letra, firma y rúbrica de la memoria con otra indubitada del testador que obre en cualquier documento público ú oficina del Estado.

Art. 1.978. Resultando auténtica la memoria, el Juez mandará protocolizarla en la forma establecida en el art. 1.974.

Art. 1.979. Cuando la presentación de la memoria tuviere lugar estando pendientes las diligencias para elevar á escritura el testamento otorgado de palabra, ó para su apertura siendo cerrado, se unirá la memoria á dicho expediente, y en él se practicarán las diligencias que quedan expresadas para su protocolización.

V

Ley del Timbre del Estado de 15 de Septiembre de 1892, reformada por las de 5 de Agosto de 1893, 30 de Junio de 1895, 21 de Agosto de 1896 y art. 7.° de la de 30 de igual mes y año.

TÍTULO II

DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS

CAPÍTULO PRIMERO

Instrumentos públicos.

Art. 20. Se empleará el timbre de 10 pesetas, clase 6.ª, en el primer pliego de las copias de las escrituras de testamentos y codicilos abiertos, ya se exprese ó no en ellos la cuantía de la herencia.

Llevarán timbre de 50 pesetas, clase 3.ª, los testamentos cerrados que se protocolicen después de su apertura, además del timbre suelto de igual valor, que debe tener su carpeta, el que será inutilizado con su rúbrica por el Notario autorizante.

CAPÍTULO IV

Documentos judiciales ó actuaciones contenciosas.

SECCIÓN PRIMERA

Jurisdicción civil contenciosa.

Art. 102. En los juicios de abintestato y de testamentaría se atenderá para el uso del timbre en las piezas de autos generales en que, conforme á la ley, se dividen, al valor de la masa de bienes hereditaria que previamente señalará el heredero declarado ó presunto, y á falta de éstos, el que pretenda la consideración de tal.

....

En los juicios incidentales que se promuevan con motivo de los universales se tomará en cuenta la cuantía de la reclamación

sobre que el incidente verse, y si aquélla fuera cuestionable se estará á lo que previene el art. 101.

SECCIÓN SEGUNDA

Jurisdicción civil voluntaria.

Art. 112. Se empleará el papel timbrado de 2 pesetas, clase 11.ª, en las actuaciones sobre asuntos propios de la jurisdicción voluntaria de que trata el libro III de la ley de Enjuiciamiento civil.

VI

Reglamento general para la administración y realización del impuesto de derechos reales y transmisión de bienes de 1.° de Septiembre de 1896.

CAPÍTULO PRIMERO

Actos sujetos al impuesto y tipos de imposición.

Art. 3.° Contribuirán al impuesto sobre derechos reales y transmisión de bienes:

1.° Las traslaciones de dominio de bienes inmuebles y las de derechos reales sobre los mismos.

3.° Las traslaciones de dominio de bienes muebles que se verifiquen por causa de muerte.

Art. 21. La transmisiór de bienes de todas clases y derechos reales que se verifique por sucesión á título de herencia, legado ó donación *mortis causa*, pagará con arreglo al grado de parentesco entre el causante ó donante y el adquirente, con sujeción á los tipos siguientes:

Entre ascendientes y descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, 1 por 100.

Cónyuges en la porción ó cuota usufructuaria que adquieran en concepto de legítima ó por ministerio de la ley, 1 por 100.

Ascendientes y descendientes naturales, los hijos legitimados por rescripto real y los adoptados, 2 por 100.

Cónyuges en la parte que exceda de la legítima usufructuaria, 3 por 100.

Colaterales de segundo grado, 4 por 100.
Idem de tercero íd., 5 por 100.
Idem de cuarto íd., 6 por 100.
Idem de quinto íd., 7 por 100.
Idem de sexto íd., 8 por 100.
Idem de grado más distante del sexto y extraños, 9 por 100.

Las herencias y legados en favor del alma del testador se liquidarán á razón de 1 por 100, y si fueran á favor del alma de otras personas, tributarán por el tipo correspondiente al parentesco que exista entre éstas y el causante de la herencia ó legado.

Si en virtud de lo dispuesto en el art. 838 del Código civil se hiciera pago al cónyuge de su haber legitimario en forma ó concepto distinto del usufructo, devengará, no obstante, el 1 por 100; pero siempre que en cantidad ó calidad no exceda lo que se le adjudique ó reconozca de lo que por su cuota ó legítima le corresponda. En lo que de ésta exceda satisfará el 3 por 100.

Las cantidades que se perciban de las Compañías aseguradoras en concepto de herencia, ó como beneficiarios designados en las pólizas, contribuirán por el impuesto de derechos reales que corresponda en relación con el parentesco entre ellos y el asegurado. Las Compañías de seguros no podrán satisfacer dicha suma si previamente no se les acredita el pago del impuesto devengado con la presentación de la correspondiente carta de pago, bajo la responsabilidad establecida en el párrafo tercero del art. 167 de este Reglamento.

Art. 22. En los fideicomisos cuyo origen legal parta del régimen anterior al vigente Código civil, y que por la disposición transitoria 2.ª del mismo tengan eficacia, se pagara desde luego el 2 por 100. Si no se publicase en el término de un año la voluntad del testador, se completará hasta el 9; pero si se publicase dentro de dicho término, pagará con arreglo al grado de parentesco del heredero, si éste fuese pariente del testador, y 9 por 100 si no lo fuese, deduciendo el 2 por 100 satisfecho anteriormente.

Si en algún caso el tipo de liquidación correspondiente al grado de parentesco entre el heredero y el testador fuere menor del 2 por 100, se considerará dicho pago como definitivo, sin ulteriores consecuencias para el Tesoro ni para el contribuyente.

En las sustituciones fideicomisarias, si el fiduciario ó persona

encargada por el testador de transmitir la herencia puede disfrutarla en todo ó parte, temporal ó vitaliciamente, pagará el impuesto en concepto de usufructuario y con arreglo al grado de parentesco que le una con el causante.

El tercero ó terceros llamados á su disfrute serán considerados como herederos sustitutos, pagando también según la relación de parentesco que tengan con la persona que los instituyó.

Art. 23. En los fideicomisos en que se dejen en propiedad los bienes hereditarios al heredero fiduciario, aun cuando sea con la obligación de levantar alguna carga, se liquidará el impuesto como herencia en propiedad, con deducción de la carga, si fuera deducible, por la cual satisfará el impuesto el que adquiera el beneficio consiguiente al gravamen impuesto al heredero.

Art. 24. Cuando el testador dispusiere de sus bienes sustituyendo unos herederos á otros, se pagará el impuesto en cada sustitución, con arreglo al parentesco entre el sustituto y el causante.

Si los herederos instituídos en tal concepto no tuviesen derecho en ningún caso á disponer de la herencia, ya por actos entre vivos ó por causa de muerte, se reputarán como meros usufructuarios; pero si no se les pone aquella limitación, ó, estableciéndola, lo fuese con condición resolutoria, se liquidara por la plena propiedad sin derecho á devolución alguna, aun cuando por cumplirse la condición impuesta haya de pasar la herencia al sustituto designado.

Si la condición impuesta al heredero fuese la de que para disponer de los bienes libremente haya de acreditar su necesidad enajenando antes los suyos propios, la adquisición se entenderá en plena propiedad y liquidará en tal concepto cuando se cumpla la condición. Del mismo modo se liquidará cuando el cumplimiento de la condición, con tal objeto impuesta, dependa de la exclusiva voluntad del instituído el día en que tenga efecto.

CAPÍTULO II

Reglas generales de liquidación y exacción del impuesto.

Art. 47. La adquisición en las herencias y legados se entiende siempre verificada el día del fallecimiento del causante, aun

cuando se trate de sucesión *abintestato* y sea cualquiera la fecha en que se haga la declaración de herederos.

***

Excepción: LEY DE PRESUPUESTOS DE 5 DE AGOSTO DE 1893.

Art. 35. No se entenderán transmitidos los bienes muebles y el metálico existente en el extranjero sin haber satisfecho en España el impuesto de traslación de dominio ú obtenido del Gobierno prórroga para satisfacerlo.

Los Notarios en los testamentos y escrituras de donación, y los Tribunales en las declaraciones de herederos, cuidarán de advertir á los interesados el precepto de este artículo.

(Observación.) La parte transcrita del artículo precedente continúa en vigor, porque la ley de 30 de Agosto de 1896, en su base 2.ª, sólo deroga el susodicho art. 35 de la ley de Presupuestos de 5 de Agosto de 1893, en cuanto éste sometía al impuesto los bienes situados en nuestras provincias de Ultramar y duplicaba los derechos á las transmisiones de bienes muebles situados en el extranjero.

***

Art. 48 *(Reglamento de 1.º de Septiembre de 1896).* En las sucesiones hereditarias, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan por su conveniencia propia ó por sus fines particulares, han de considerarse para los efectos del impuesto como si se hubiesen hecho con estricta igualdad proporcional de lo bueno, mediano é inferior en bienes muebles é inmuebles y derechos, ya estén éstos sujetos al pago ó exentos por la condición del territorio en que se hallen situados, y por consecuencia, cualquier aumento que en la comprobación de valores de aquéllos resulte, se prorrateará entre los distintos adquirentes ó herederos.

Art. 49. Los grados de parentesco á que se refiere este Reglamento son todos de consanguinidad y han de regularse, así como las demás circunstancias relativas á la condición y capacidad de las personas, por la ley civil.

Los parientes por afinidad se considerarán extraños para los

efectos del impuesto, y lo mismo los parientes naturales, salvo en la línea recta.

Los descendientes en línea recta de los hijos legitimados por rescripto real y los de los adoptivos serán considerados como naturales con relación al legitimante ó adoptante, y los demás parientes lo serán con respecto á estos últimos como extraños.

CAPÍTULO III

Plazos de presentación de documentos y sus prórrogas.—Competencia.—Liquidaciones provisionales y definitivas.—Parciales y totales.

Art. 55. La presentación de documentos á la liquidación del impuesto de derechos reales, se hará con sujeción á las siguientes reglas:

1.ª Los documentos públicos ó privados comprensivos de actos ó contratos entre vivos se presentarán precisamente en la oficina liquidadora del partido donde se autoricen, y los referentes á actos por causa de muerte, bien en dicha oficina, bien en la del lugar donde hubiese ocurrido el fallecimiento, con obligación, por parte del liquidador donde se efectuase la presentación, de dar conocimiento dentro de treinta días al de la oficina donde pudo igualmente haberse verificado.

2.ª Los documentos privados referentes á transmisiones por causa de muerte se presentarán forzosamente en la oficina liquidadora del partido donde hubiese ocurrido el fallecimiento del causante.

3.ª Cuando se trate de documentos relativos á transmisiones por causa de muerte, todos los testimonios de hijuela habrán de presentarse á la liquidación en la misma oficina; debiendo aquella en que primeramente se hubiera verificado la presentación de uno de ellos, exigir la de los demás.

4.ª ... En las oficinas donde radiquen los bienes se presentarán y liquidarán los documentos otorgados en el extranjero ó en el territorio antes expresado, relativos á transmisiones hereditarias de bienes sujetos al impuesto, cuyo causante hubiere fallecido fuera de España ó en dicho territorio; debiendo, tanto en este caso como

en el anterior, dar cuenta el liquidador á la Dirección general de Contribuciones directas; pero si los documentos se otorgaren en lugar donde este Reglamento rija, será competente para liquidar, la oficina del partido donde estuviese domiciliado el Notario ó radicase la oficina ó Tribunal autorizante.

Art. 60. El plazo para la presentación de documentos relativos á herencias y legados será de seis meses, á contar desde el fallecimiento del causante. Este plazo *será prorrogable á instancia de los interesados* por la Delegación de Hacienda á cuya provincia corresponda la oficina liquidadora competente, para liquidar por otros seis meses, sin que sea preciso justificar la causa que motive la pretensión, siempre que se solicite dentro del primero de dichos plazos y se acompañe el certificado de defunción de la persona de cuya sucesión se trate.

Cuando la sucesión dependa del nacimiento de un póstumo, se contará el primer plazo de seis meses desde la fecha de su nacimiento.

Art. 61. Si dentro de los referidos plazos de seis meses y un año respectivamente no se formalizasen las testamentarías ó abintestatos en escritura pública, los interesados vienen obligados á solicitar liquidación provisional antes de que se cumplan dichos plazos, debiendo presentar al efecto en la oficina correspondiente los siguientes documentos:

1.° Declaración descriptiva y valorada de los bienes y derechos de todas clases que constituyan el caudal relicto.

2.° Certificación de defunción del causante y primera copia de las disposiciones testamentarias si las hubiere, y, en su defecto, testimonio de la declaración de herederos.

3.° Relación de los herederos y legatarios, en que se exprese y justifique el parentesco de aquéllos con el causante y la participación de cada uno en el caudal hereditario.

En el caso de sucesión intestada, si no estuviese hecha la declaración judicial de herederos, se presentará relación de los que hubiesen solicitado la herencia, con determinación del grado de parentesco que alegaren.

En vista de dichos documentos, y previa comprobación de valores, se practicará la liquidación provisional, satisfaciendo los derechos correspondientes con arreglo á ella y como pago á cuenta de la definitiva, que se verificará dentro del año siguiente,

á contar desde la provisional, pudiendo dicho plazo prorrogarse por otro año, pero con abono del 6 por 100 en concepto de intereses de demora, desde el día en que se practicó la provisional, por la diferencia de cantidades que resulte entre aquéllas y la definitiva.

Los interesados podrán solicitar liquidación parcial en cualquier tiempo, pero siempre dentro del año de la defunción, al solo efecto de retirar el metálico, valores ó efectos depositados en Bancos y Sociedades ó casas particulares, y esta liquidación especial ni les relevará de solicitar en tiempo oportuno la prórroga ordinaria, si se hubiere verificado dentro de los primeros seis meses, ni les servirá para computar desde ella el plazo de la definitiva, debiendo, en todo caso, practicarse la provisional á que se refiere el párrafo anterior.

Art. 62. Los particulares ó entidades jurídicas que á título hereditario soliciten devoluciones de metálico ó valores depositados en las Cajas de los Bancos y Sociedades civiles ó mercantiles ó de comerciantes, no tendrán derecho á exigir su entrega sin justificar previamente haber satisfecho el impuesto de derechos reales correspondiente. Igual requisito deberán exigir las mencionadas Sociedades y comerciantes para autorizar la transferencia de acciones por el título indicado. Cuando, por no estar terminada la testamentaría ó *ab-intestato*, no pudiera presentarse el título de adjudicación, se practicará la liquidación parcial á que se refiere el artículo anterior.

Cuando se trate de realizar créditos á metálico liquidados contra el Tesoro público, cualquiera que sea el título por el que pertenezcan al finado ó causante, entonces será también requisito indispensable para su obtención que previamente se practique la liquidación oportuna, de cuyo importe deberá darse cuenta por el liquidador á la Ordenación de pagos que corresponda, para que al expedirse el mandamiento procedente se deduzca de su total el importe del impuesto, especificándose que en equivalencia se entrega la carta de pago que corresponde.

Art. 63. Si al vencer el plazo señalado en el artículo anterior para verificar la liquidación provisional no fuesen conocidos los herederos, los administradores ó poseedores por cualquier título de los bienes hereditarios deberán presentar antes del vencimiento del plazo, los documentos mencionados, excepto la relación de

herederos, girándose entonces la liquidación provisional á cargo de la *representación* del causante y al tipo correspondiente á la sucesión entre extraños, sin perjuicio de la devolución que proceda de lo satisfecho de más, una vez hecha la declaración judicial de herederos y practicada la liquidación definitiva, si en ésta se justificara el parentesco de aquéllos. El plazo para solicitar la devolución será el de cinco años, á contar desde la liquidación definitiva.

Art. 64. Los plazos de medio año y un año fijados para la presentación de documentos referentes á herencias y legados se ampliarán á nueve meses y año y medio respectivamente si el fallecimiento ocurriese en otra Nación de Europa; á uno y dos años si hubiere tenido lugar en Africa y América, y á año y medio y tres años si hubiese ocurrido en Asia ú otros países.

La ampliación del plazo ordinario deberá concederse por el Ministerio de Hacienda.

Art. 65. Cuando la transmisión de bienes ó derechos, bien por contrato ó acto entre vivos, ó ya por causa de muerte, adquiera carácter litigioso, quedarán en suspenso todos los plazos establecidos por este Reglamento para la presentación de documentos y empezarán á contarse desde la fecha de la sentencia firme que recayera; pero los interesados habrán de justificar oportunamente la existencia del litigio con testimonio bastante de referencia á los autos.

Si el litigio se promoviera después de terminar los plazos de presentación, no sólo no impedirá que la Administración exija los documentos y el pago del impuesto, sino que procederá á hacer efectivas las responsabilidades en que los interesados hubiesen incurrido.

Las diligencias judiciales para obtener la apertura de testamentos; su elevación á escritura pública; la formación de inventario para admitir la herencia con dicho beneficio; el nombramiento de tutor y consejo de familia, y la declaración de herederos cuando no se formule oposición, no se considerarán como cuestiones litigiosas al efecto de la suspensión de plazos á que se refiere el párrafo primero de este artículo. Tampoco producirán la suspensión las reclamaciones para hacer efectivas deudas contra la testamentaría ó abintestato, mientras no se prevenga á instancia del acreedor el correspondiente juicio universal.

Si la Administración tuviere fundados motivos para suponer que el litigio promovido era un pretexto para demorar el pago del impuesto, podrá imponer la multa correspondiente y exigir el 6 por 100 de demora, como si hubiera existido el litigio.

CAPÍTULO IV

Determinación del valor de los bienes ó capital liquidable.

Art. 75. En las transmisiones *mortis causa*, las deudas de cualquier clase y naturaleza serán deducibles siempre que se acredite su existencia por medio de documento público ó privado de indudable legitimidad y bastante á hacer fe en juicio, á tenor de lo prevenido en el art. 1.429 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En el caso de que proceda la deducción ó rebaja de deudas del capital ó bienes transmitidos y no haya metálico para satisfacerlas, si se hace adjudicación expresa de otra clase de bienes para su pago, satisfará el impuesto el adjudicatario, y en caso contrario, se exigirá al heredero por el referido concepto de adjudicatario para pagar deudas con todos los derechos y deberes atribuídos por este Reglamento á tales adquirentes.

Las deudas no serán deducibles mientras el documento en que consten no haya sido presentado á la liquidación del impuesto que corresponda al acto que las motive, y verificado el pago ó declarado la exención en su caso.

VII

Código de Justicia militar.—Tratado tercero.—Título XXVII. De los procedimientos de carácter civil.

CAPÍTULO II

De la prevención de los abintestatos de los militares.

Art. 740. Ocurrido el fallecimiento de un militar en servicio activo, la autoridad militar del punto en que tenga lugar dará comisión á un oficial del cuerpo á que pertenezca el finado, á un

ayudante de plaza ú otro oficial, para que, personándose en la casa mortuoria, presten los auxilios necesarios.

Art. 741. Si el finado hubiere dejado familia, se limitará á ofrecerla su intervención en lo que pueda ayudarla.

Cuando sólo hubiere dejado hijos menores de edad, se ocupará de prestarles el conveniente socorro.

Dará sepultura al cadáver, pondrá en seguridad los bienes y averiguará si el finado dejó testamento.

Comunicará el resultado de su gestión á la autoridad que le hubiese nombrado, la cual, si fuere preciso, designará instructor y secretario que instruya las diligencias de *ab-intestato*.

Art. 742. Si el militar falleciere en hospital, buque ú otro lugar que no sea su domicilio, el jefe local ó el inmediato que lo sea del finado, si se hallare presente, prestará los mismos auxilios que se indican en los artículos anteriores, dando cuenta á quien corresponda.

Art. 743. El Juez instructor comenzará por hacer inventario de todos los bienes del finado, y mediante una breve información para averiguar qué personas se consideran con derecho á la sucesión intestada dentro del cuarto grado civil, emitirá dictamen acerca de la resolución que estime pertinente, consultándola con la autoridad judicial. Ésta, oído el Auditor, decidirá quién tenga derecho á ellos, sin perjuicio de las reclamaciones que puedan hacerse, ó remitiendo lo actuado al Juez ordinario á quien corresponda su conocimiento, si no resultare plenamente justificado el derecho hereditario.

Art. 744. Siempre que hubiere menores se someterá el *ab-intestato* al Juez civil competente, á no ser que estén representados por sus padres.

VIII

Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Marina de 10 de Noviembre de 1894.

TÍTULO PRIMERO

DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE MARINA

CAPÍTULO III

De la competencia de la jurisdicción de Marina en materia civil.

Art. 11. La jurisdicción de Marina tiene competencia para conocer en materia civil:

1.° De la prevención de los juicios de testamentaría y *abintestato* de todos los individuos de la Armada á que se refiere el artículo 8.° del Código penal de la Marina de guerra.

Se limitará esta prevención a practicar las diligencias necesarias:

A. Para disponer el entierro del cadáver.

B. Para la formación de inventario y seguridad ó depósito de los bienes.

C. Para la entrega de los bienes á los instituídos herederos ó á los que lo sean *abintestato*, dentro del tercer grado civil, no habiendo quien lo contradiga.

Todas estas diligencias se practicarán con acuerdo de asesor, siempre que sea posible.

Cuando no se presente el heredero instituído, ó en su defecto el legítimo, dentro del tercer grado, ó se suscitase oposición á que se entregue la herencia á quien la reclamare, las autoridades de Marina suspenderán su intervención, pasando todo lo que hubieren practicado y entregando los bienes en depósito al Juzgado ordinario del punto en que las autoridades de Marina sigan las diligencias, para que dicho Juzgado lo entregue al que corresponda con arreglo á las leyes.

2.° De los testamentos otorgados en tierra por marinos pertenecientes á fuerzas de la Armada en campaña ó en país extran-

jero, cuando dichas fuerzas operen con independencia del Ejército, con arreglo á los artículos 716 al 721 del Código civil.

3.° De los testamentos otorgados por marinos y personas de cualquiera clase, embarcadas en buques de guerra ó mercante español, con arreglo á lo que disponen los artículos 722 al 731 de dicho Código civil.

La competencia de la jurisdicción de Marina en este punto tercero y en el anterior, se entiende reducida á los límites que se determinan en los artículos citados del referido Código civil.

Los bienes ó efectos recogidos é inventariados de persona que no pertenezca á la Armada, fallecida á bordo de buque español, se entregarán por el Comandante ó Capitán, según la clase del buque, al agente diplomático ó consular español del puerto á donde arribe el buque, si es en el extranjero, y al Juez de primera instancia del puerto á donde arribe si es en territorio español, observándose para la entrega las formalidades que preceptúa el art. 725 del Código civil.

Cuando el fallecido pertenezca á la Armada se entregarán los bienes ó efectos recogidos é inventariados á la autoridad de Marina ó al agente diplomático ó consular, según el caso.

Si al arribar el buque á puerto extranjero hubiese de rendir viaje próximamente á puerto español, el Comandante ó Capitán respectivamente no harán la entrega al agente diplomático ó consular de que tratan los dos párrafos anteriores, haciéndola en el puerto español á la jurisdicción ordinaria ó á la de Marina, según corresponda.

TEXTO LITERAL DE LOS ARTÍCULOS

DEL CÓDIGO CIVIL

QUE CONTIENE ESTE TOMO

TÍTULO III

DE LAS SUCESIONES

Disposiciones generales.

Art. 657. Los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.

Art. 658. La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y á falta de éste, por disposición de la ley.

La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima.

Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley.

Art. 659. La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte.

Art. 660. Llámase heredero al que sucede á título universal, y legatario al que sucede á título particular.

Art. 661. Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones.

CAPÍTULO PRIMERO

De los testamentos.

Sección primera.

De la capacidad para disponer por testamento.

Art. 662. Pueden testar todos aquellos á quienes la ley no lo prohíbe expresamente.

Art. 663. Están incapacitados para testar:

1.° Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

2.° El que habitual ó accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

Art. 664. El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

Art. 665. Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos Facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los Facultativos además de los testigos.

Art. 666. Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.

Sección segunda.

De los testamentos en general.

Art. 667. El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos, se llama testamento.

Art. 668. El testador puede disponer de sus bienes á título de herencia ó de legado.

En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha á título universal ó de herencia.

Art. 669. No podrán testar dos ó más personas mancomunadamente, ó en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.

Art. 670. El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario ó mandatario.

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos ó legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituídos nominalmente.

Art. 671. Podrá el testador encomendar á un tercero la distribución de las cantidades que deje en general á clases determinadas, como á los parientes, á los pobres ó á los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas ó establecimientos á quienes aquéllas deban aplicarse.

Art. 672. Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas ó legados haga el testador, refiriéndose á cédulas ó papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio ó fuera de él, será nula si en las cédulas ó papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.

Art. 673. Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo ó fraude.

Art. 674. El que con dolo, fraude ó violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho á la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido.

Art. 675. Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, á no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme á la intención del testador según el tenor del mismo testamento.

El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley.

Sección tercera.

De la forma de los testamentos.

Art. 676. El testamento puede ser común ó especial.

El común puede ser ológrafo, abierto ó cerrado.

Art. 677. Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Art. 678. Se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el art. 688.

Art. 679. Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

Art. 680. El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta á las personas que han de autorizar el acto.

Art. 681. No podrán ser testigos en los testamentos:

1.° Las mujeres, salvo lo dispuesto en el art. 701.

2.° Los varones menores de edad, con la misma excepción.

3.° Los que no tengan la calidad de vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento, salvo en los casos exceptuados por la ley.

4.° Los ciegos y los totalmente sordos ó mudos.

5.° Los que no entiendan el idioma del testador.

6.° Los que no estén en su sano juicio.

7.° Los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos ó privados, ó por el de falso testimonio, y los que estén sufriendo pena de interdicción civil.

8.° Los dependientes, amanuenses, criados ó parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad del Notario autorizante.

Art. 682. En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituídos, ni los parientes de los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad.

Nó están comprendidos en esta prohibición los legatarios y sus parientes, cuando el legado sea de algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.

Art. 683. Para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento.

Art. 684. Para testar en lengua extranjera se requiere la presencia de dos intérpretes elegidos por el testador, que traduzcan su disposición al castellano. El testamento se deberá escribir en las dos lenguas

Art. 685. El Notario y dos de los testigos que autoricen el testamento deberán conocer al testador, y si no lo conocieren, se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario y de los testigos instrumentales. También procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, á su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.

Igual obligación de conocer al testador tendrán los testigos que autoricen un testamento sin asistencia de Notario, en los casos de los artículos 700 y 701.

Art. 686. Si no pudiese identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el Notario, ó por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo.

Si fuera impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador.

Art. 687. Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.

Sección cuarta.

Del testamento ológrafo.

Art. 688. El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad.

Para que sea válido este testamento, deberá extenderse en papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento y estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Si contuviere palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

Art. 689. El testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo con este objeto al Juez de primera instancia del último domicilio del testador, ó al del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento. Sin este requisito no será válido.

Art. 690. La persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al Juzgado luego que tenga noticia de la muerte del testador, y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación.

También podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea ó en cualquier otro concepto.

Art. 691. Presentado el testamento ológráfo, y acreditado el fallecimiento del testador, el Juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubricará con el actuario todas las hojas y comprobará su identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo.

A falta de testigos idóneos, ó si dudan los examinados, y siempre que el Juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras.

Art. 692. Para la práctica de las diligencias expresadas en el artículo anterior serán citados, con la brevedad posible, el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes legítimos del testador, y, en defecto de unos y otros, los hermanos.

Si estas personas no residieren dentro del partido, ó se ignorare su existencia, ó siendo menores ó incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al Ministerio fiscal.

Los citados podrán presenciar la práctica de dichas diligencias y hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento.

Art. 693. Si el Juez estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice, con las diligencias practicadas, en los registros del Notario correspondiente, por el cual se darán á los interesados la copias ó testimonios que procedan. En otro caso, denegará la protocolización.

Cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará á efecto, no obstante oposición, quedando á salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

Sección quinta.

Del testamento abierto.

Art. 694. El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno, á lo menos, sepa y pueda escribir.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma sección.

Art. 695. El testador expresará su última voluntad al Notario y á los testigos. Redactado el testamento con arreglo á ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, se leerá en alta voz, para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador y los testigos que puedan hacerlo.

Si el testador declara que no sabe ó no puede firmar, lo hará por él, y á su ruego, uno de los testigos instrumentales ú otra persona, dando fe de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos no pueda firmar.

El Notario hará siempre constar que, á su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

Art. 696. Cuando el testador que se proponga hacer testamento abierto presente por escrito su disposición testamentaria, el Notario redactará el testamento con arreglo á ella y lo leerá en voz alta en presencia de los testigos, para que manifieste el testador si su contenido es la expresión de su última voluntad.

Art. 697. El que fuere enteramente sordo deberá leer por sí mismo su testamento; y, si no sabe, ó no puede, designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del Notario.

Art. 698. Cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento dos veces: una por el Notario, conforme á lo prevenido en el art. 695, y otra, en igual forma, por uno de los testigos ú otra persona que el testador designe.

Art. 699. Todas las formalidades expresadas en esta sección se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero.

El Notario dará fe, al final del testamento, de haberse cumplido todas las dichas formalidades y de conocer al testador ó á los testigos de conocimiento en su caso.

Art. 700. Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos sin necesidad de Notario.

Art. 701. En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención del Notario ante tres testigos mayores de diez y seis años, varones ó mujeres.

Art. 702. En los casos de los dos artículos anteriores, se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir.

Art. 703. El testamento otorgado con arreglo á las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido de peligro de muerte, ó cesado la epidemia.

Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para que se eleve á escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente.

Art. 704. Los testamentos otorgados sin la autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan á escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 705. Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, ó negligencia ó ignorancia inexcusables.

Sección sexta.

Del testamento cerrado.

Art. 706. El testamento cerrado podrá ser escrito por el testador, ó por otra persona a su ruego, en papel común, con expresión del lugar, día, mes y año en que se escribe.

Si lo escribiere por sí mismo el testador, rubricará todas las

hojas y pondrá al final su firma, después de salvar las palabras enmendadas, tachadas ó escritas entre reglones.

Si lo escribiere otra persona á su ruego, el testador pondrá su firma entera en todas las hojas y al pie del testamento.

Cuando el testador no sepa ó no pueda firmar, lo hará á su ruego y rubricará las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad.

Art. 707. En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes:

1.ª El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.

2.ª El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, ó lo cerrará y sellará en el acto, ante el Notario que haya de autorizarlo y cinco testigos idóneos, de los cuales tres, al menos, han de poder firmar.

3.ª En presencia del Notario y los testigos manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito, firmado y rubricado por él, ó si está escrito de mano ajena y firmado por él al final y en todas sus hojas, ó si, por no saber ó no poder firmar, lo ha hecho á su ruego otra persona.

4.ª Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que esté cerrado, y dando fe de haberse observado las solemnidades mencionadas, del conocimiento del testador ó de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, á su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

5.ª Extendida y leída el acta, la firmarán el testador y los testigos que sepan firmar, y la autorizará el Notario con su signo y firma.

Si el testador no sabe ó no puede firmar, deberá hacerlo en su nombre uno de los testigos instrumentales ú otra persona designada por aquél.

6.ª También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

Art. 708. No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan ó no puedan leer.

Art. 709. Los sordomudos y los que no puedan hablar, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

1.° El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador, con expresión del lugar, día, mes y año.

2.° Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, á presencia del Notario y de los cinco testigos, que aquel pliego contiene su testamento, y que está escrito y firmado por él.

3.° A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el art. 707, en lo que sea aplicable al caso.

Art. 710. Autorizado el testamento cerrado, el Notario lo entregará al testador, después de poner en el protocolo reservado copia autorizada del acta de otorgamiento.

Art. 711. El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, ó encomendar su guarda á persona de su confianza, ó depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

En este último caso, el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo reservado, al margen ó á continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo á continuación de dicha nota.

Art. 712. El Notario ó la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador.

Si no lo verifica dentro de diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia.

Art. 713. El que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado en el párrafo segundo del artículo anterior, además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho á la herencia, si lo tuviere como heredero abintestato ó como heredero ó legatario por testamento.

En esta misma pena incurrirán el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador ó de la persona que lo tenga en guarda ó depósito, y el que lo oculte, rompa ó

inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda.

Art. 714. Para la apertura y protocolización del testamento cerrado se observará lo prevenido en la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 715. Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia ó de negligencia ó ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento.

Sección séptima.

Del testamento militar.

Art. 716. En tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el Ejército, ó que sigan á éste, podrán otorgar su testamento ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán.

Es aplicable esta disposición á los individuos de un Ejército que se halle en país extranjero.

Si el testador estuviere enfermo ó herido, podrá otorgarlo ante el Capellán ó el Facultativo que le asista.

Si estuviere en destacamento, ante el que lo mande, aunque sea subalterno.

En todos los casos de este artículo será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos.

Art. 717. También podrán las personas mencionadas en el artículo anterior otorgar testamento cerrado ante un Comisario de guerra, que ejercerá en este caso las funciones de Notario, observándose las disposiciones de los artículos 706 y siguientes.

Art. 718. Los testamentos otorgados con arreglo á los dos artículos anteriores deberán ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general, y por éste al Ministro de la Guerra.

El Ministro, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al Juez del último domicilio del difunto, y no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid, para que de oficio cite á

los herederos y demás interesados en la sucesión. Éstos deberán solicitar que se eleve á escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil.

Cuando sea cerrado el testamento, el Juez procederá de oficio á su apertura en la forma prevenida en dicha ley, con citación é intervención del Ministerio fiscal, y después de abierto lo pondrá en conocimiento de los herederos y demás interesados.

Art. 719. Los testamentos mencionados en el art. 716 caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña.

Art. 720. Durante una batalla, asalto, combate y, generalmente, en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos.

Pero este testamento quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó.

Aunque no se salvare, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de guerra ó funcionario de justicia que siga al Ejército, procediéndose después en la forma prevenida en el art. 718.

Art. 721. Si fuere cerrado el testamento militar, se observará lo prevenido en los artículos 706 y 707; pero se otorgará ante el oficial y los dos testigos que para el abierto exige el art. 716, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, como asimismo el testador, si pudiere.

Sección octava.

Del testamento marítimo.

Art. 722. Los testamentos, abiertos ó cerrados, de los que durante un viaje marítimo vayan á bordo, se otorgarán en la forma siguiente:

Si el buque es de guerra, ante el Contador ó el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos, que vean y entiendan al testador. El Comandante del buque, ó el que haga sus veces, pondrá además su V.° B.°

En los buques mercantes autorizará el testamento el Capitán ó el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos.

En uno y otro caso los testigos se elegirán entre los pasajeros si los hubiere; pero uno de ellos, por lo menos, ha de poder firmar,

el cual lo hará por sí y por el testador, si éste no sabe ó no puede hacerlo.

Si el testamento fuera abierto, se observará además lo prevenido en el art. 695, y si fuere cerrado, lo que se ordena en la sección sexta de este capítulo, con exclusión de lo relativo al número de testigos é intervención del Notario.

Art. 723. El testamento del Contador del buque de guerra y el del Capitán del mercante serán autorizados por quien deba sustituirlos en el cargo, observándose para lo demás lo dispuesto en el artículo anterior.

Art. 724. Los testamentos abiertos hechos en alta mar serán custodiados por el Comandante ó por el Capitán, y se hará mención de ellos en el Diario de navegación.

La misma mención se hará de los ológrafos y los cerrados.

Art. 725. Si el buque arribase á un puerto extranjero donde haya Agente diplomático ó consular de España, el Comandante del de guerra, ó el Capitán del mercante, entregará á dicho Agente copia del testamento abierto ó del acta de otorgamiento del cerrado, y de la nota tomada en el Diario.

La copia del testamento ó del acta deberá llevar las mismas firmas que el original, si viven y están á bordo los que lo firmaron; en otro caso será autorizada por el Contador ó Capitán que hubiese recibido el testamento, ó el que haga sus veces, firmando también los que estén á bordo de los que intervinieron en el testamento.

El Agente diplomático ó consular hará extender por escrito diligencia de la entrega, y cerrada y sellada la copia del testamento ó la del acta del otorgamiento si fuere cerrado, la remitirá con la nota del Diario por el conducto correspondiente al Ministro de Marina, quien mandará que se deposite en el Archivo de su Ministerio.

El Comandante ó Capitán que haga la entrega recogerá del Agente diplomático ó consular certificación de haberlo verificado, y tomará nota de ella en el Diario de navegación.

Art. 726. Cuando el buque, sea de guerra ó mercante, arribe al primer puerto del Reino, el Comandante ó Capitán entregará el testamento original, cerrado y sellado, á la Autoridad marítima local, con copia de la nota tomada en el Diario, y si hubiese fallecido el testador, certificación que lo acredite.

La entrega se acreditará en la forma prevenida en el artículo anterior, y la Autoridad marítima lo remitirá todo sin dilación al Ministerio de Marina.

Art. 727. Si hubiese fallecido el testador y fuere abierto el testamento, el Ministro de Marina practicará lo que se dispone en el art. 718.

Art. 728. Cuando el testamento haya sido otorgado por un extranjero en buque español, el Ministro de Marina remitirá el testamento al de Estado, para que por la vía diplomática se le dé el curso que corresponda.

Art. 729. Si fuere ológrafo el testamento y durante el viaje falleciera el testador, el Comandante ó Capitán recogerá el testamento para custodiarlo, haciendo mención de ello en el Diario, y lo entregará á la Autoridad marítima local, en la forma y para los efectos prevenidos en el artículo anterior cuando el buque arribe al primer puerto del Reino.

Lo mismo se practicará cuando sea cerrado el testamento, si lo conservaba en su poder el testador al tiempo de su muerte.

Art. 730. Los testamentos, abiertos y cerrados, otorgados con arreglo á lo prevenido en esta sección, caducarán pasados cuatro meses, contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria.

Art. 731. Si hubiere peligro de naufragio, será aplicable á las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra ó mercantes lo dispuesto en el art. 720.

Sección novena.

Del testamento hecho en país extranjero.

Art. 732. Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose á las formas establecidas por las leyes de país en que se hallen.

También podrán testar en alta mar, durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción á las leyes de la Nación á que el buque pertenezca.

Podrán asimismo hacer testamento ológrafo con arreglo al artículo 688 sin el requisito de papel sellado, aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento.

Art. 733. No será válido en España el testamento mancomu-

nado, prohibido por el art. 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado.

Art. 734. También podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto ó cerrado, ante el Agente diplomático ó consular de España residente en el lugar del otorgamiento.

En estos casos, dicho Agente hará las veces de Notario, y se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las secciones quinta y sexta de este capítulo, no siendo, sin embargo, necesaria la condición del domicilio en los testigos.

Art. 735. El Agente diplomático ó consular remitirá, autorizada con su firma y sello, copia del testamento abierto, ó del acta de otorgamiento del cerrado, al Ministerio de Estado para que se deposite en su Archivo.

Art. 736. El Agente diplomático ó consular, en cuyo poder hubiese depositado su testamento ológrafo ó cerrado un español, lo remitirá al Ministerio de Estado cuando fallezca el testador, con el certificado de defunción.

El Ministerio de Estado hará publicar en la *Gaceta de Madrid* la noticia del fallecimiento, para que los interesados en la herencia puedan recoger el testamento y gestionar su protocolización en la forma prevenida.

Sección décima.

De la revocación é ineficacia de los testamentos.

Art. 737. Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad ó resolución de no revocarlas.

Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras ó señales.

Art. 738. El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar.

Art. 739. El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo ó en parte.

Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.

Art. 740. La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero ó de los legatarios en él nombrados, ó por renuncia de aquél ó de éstos.

Art. 741. El reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo.

Art. 742. Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas ó los sellos quebrantados, ó borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que lo autoricen.

Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento de testador, ó hallándose éste en estado de demencia; pero si aparecieren rota la cubierta ó quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez.

Si el testamento se encontrare en poder de otra persona, se entenderá que el vicio procede de ella y no será aquél válido como no se pruebe su autenticidad, si estuvieren rota la cubierta ó quebrantados los sellos; y si una y otros se hallaren íntegros, pero con las firmas borradas, raspadas ó enmendadas, será válido el testamento, como no se justifique haber sido entregado el pliego en esta forma por el mismo testador.

Art. 743. Caducarán los testamentos, ó serán ineficaces en todo ó en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código.

ÍNDICE GENERAL

CÓDIGO CIVIL

APÉNDICE UNICO

ÍNDICE ALFABÉTICO



FE DE ERRATAS

(DICCIÓN É IMPRENTA)

PÁGINA	LÍNEA	DICE	DEBE DECIR
11	30	aunque sea subalterno	aunque no sea subalterno
29	25	figuan	figuran
85	5	Confirma	Confirman
135	17	Y por último, Es ineficaz	Y por último: Es ineficaz
168	38	estimule	estimulo
189	4	establece	establecen
199	15	cumplimieto	cumplimiento
256	3	Al que ha testar	Al que ha de testar
294	7	lalde	la de
311	17	computacóin	computación
365	20	presentan	estudian
374	31	en el 100 pesetas	en el de 100 pesetas
379	18 y 19	debía se-presentado	debía ser presentado
398	21	Algucil	Alguacil
420	4	úmnero	número
459	9	escrupuso	escrupuloso
582	9	lni	ni
616	14	como	con
643	25	Comencio	Comercio
645	26	jecutoria	ejecutoria

Este tomo se acabó de
imprimir en Madrid
en la imprenta de
Ricardo Rojas
el día 10 de
Febrero del
año de
1897.